# Seminari d'actualització de Funció Pública Local

2016
Barcelona

creative commons

Reconeixement-NoComercial-SenseObraDerivada 2.5 Espanya

**Sou lliure de:**

copiar, distribuir i comunicar públicament l'obra

**Amb les condicions següents:**

Reconeixement. Heu de reconèixer els crèdits de l'obra de la manera especificada per l'autor o el llicenciador (però no d'una manera que suggereixi que us donen suport o rebeu suport per l'ús que feu de l'obra).

No comercial. No podeu utilitzar aquesta obra per a finalitats comercials.

Sense obres derivades. No podeu alterar, transformar o generar una obra derivada d'aquesta obra.

- Quan reutilitzeu o distribuïu l'obra, heu de deixar ben clar els termes de la llicència de l'obra
- Alguna d'aquestes condicions pot no aplicar-se si obteniu el permís del titular del drets d'autor.
- No hi ha res en aquesta llicència que menyscabi o restringeixi els drets morals de l'autor.

**Els drets derivats d'usos legítims o altres limitacions reconegudes per llei no queden afectats per l'anterior**

FEDERACIÓ DE MUNICIPIS DE CATALUNYA

**Edita**
Federació de Municipis de Catalunya
Via Laietana 33, 6è 1a. 08003 Barcelona
Tel. 93 310 44 04

**Disseny i maquetació**
www.lacuinagràfica.com

# Sumari

# 1a sessió
14/09/16

# 2a sessió
04/11/16

# Ponències

# 1a sessió

# 14/09/16

Una visió crítica sobre la reforma laboral: posició jurisprudencial 4 anys després respecte a les principals novetats apuntades en aquesta reforma.
**Eduardo Rojo,** catedràtic de Dret del Treball i de la Seguretat Social de la UAB.

L'extinció dels contractes laborals indefinits no fixos amb la darrera jurisprudència del TS.
**Ignasi Beltran,** professor de Dret del Treball i de la Seguretat Social de la UOC.

**Secció de Pràctica Jurídica**
L'aplicació del règim disciplinari a partir de les darreres novetats jurisprudencials.
**Mariano Romero González-Rua,** lletrat del Servei d'Assistència en Recursos Humans de la Diputació de Barcelona.

En aquesta sessió s'analitzaran els darrers pronunciaments jurisprudencials en dos aspectes claus en la gestió del personal laboral de les estructures administratives locals, el qual té una importància numèricament molt elevada en la gestió de l'ocupació pública de les entitats locals.

En primer lloc s'abordarà l'impacte real que ha suposat la promulgació de la reforma laboral del 2012 després dels diversos i importants pronunciaments jurisprudencials sobre aquesta, els quals han vingut a matisar significativament la posició inicialment plantejada, de forma que no es pot plantejar una aplicació correcta d'aquest marc normatiu sense conèixer amb detall quina ha estat la interpretació dels Tribunals.

A continuació es tractarà tota la problemàtica i l'evolució jurisprudencial soferta en l'àmbit de la figura del personal laboral indefinit no fix i la seva forma d'extinció i regularització, ja que aquesta ha estat i és una construcció jurisprudencial de rellevància significativa i sobre la qual s'ha produït una important transformació pel que fa al seu reconeixement, efectes i procediment per a la seva extinció.

Finalment, s'abordarà en la Secció de Pràctica Jurídica l'anàlisi d'un aspecte important també en la gestió dels RRHH, com és el de l'aplicació correcta del règim disciplinari a la llum de les darreres novetats i pronunciaments produïts per la jurisprudència contenciosa administrativa en aquest àmbit

**M. Carme Noguer**
Directora del seminari i cap de Recursos Humans de l'Ajuntament de Manlleu

# Una visión critica sobre la reforma laboral de 2012. Análisis jurisprudencial cinco años después en relación con las principales novedades apuntadas en la reforma y de interés para las administraciones locales.

***Eduardo Rojo Torrecilla.***
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Barcelona.

## Índice

**Presentación.** ..... 4

**1. Introducción. Un apunte general sobre las reformas laborales de la legislatura 2012-2015.** ..... 7

***1. Consideraciones previas.*** ..... 7
***2. Tres sentencias y un auto que validan la constitucionalidad de la reforma laboral pero que no disipan muchas dudas.*** ..... 10
***3. Unas notas sobre el RI del PSOE e Izquierda Plural, desestimado íntegramente por la sentencia 8/2015 de 22 de enero.*** ..... 12
***4. La primera validación de la reforma laboral por el auto 43/2014 de 14 de febrero.*** ..... 14
***5. Sobre la sentencia 119/2014 de 16 de julio.*** ..... 16
***6. La sentencia 140/2015 de 22 de junio, y sus puntos de conexión con la sentencia 8/2015 de 22 de enero.*** ..... 18

**2. Ámbitos temáticos objeto de atención.** ..... 22

***2.1 Despidos colectivos. Visión general.*** ..... 22
*2.1.1. Comentario de la primera sentencia dictada por el Tribunal Supremo, el 20 de marzo de 2013, en materia de expediente de regulación de empleo tras la reforma laboral de 2012.* ..... 22
*2.1.2. Comentario de la segunda sentencia del Tribunal Supremo, dictada el 27 de mayo de 2013, sobre Expedientes de Regulación de Empleo tras la reforma laboral* ..... 26
***2.2. Despidos colectivos. Administraciones públicas y sector público.*** ..... 34
*2.2.1. ¿Recuperan los agentes locales de promoción de empleo andaluces la sonrisa? Sobre la declaración de nulidad de los despidos producidos en el Consorcio de unidades territoriales de empleo, desarrollo local y tecnológico de Sierra Morena. Notas a la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2014.* ..... 34
I. Introducción. ..... 34
II. La doctrina de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía. ..... 34
III. La doctrina de la Sala Contencioso-Administrativa del TS. ..... 38
IV. La sentencia de la Sala de lo Social del TS de 17 de febrero de 2014. ..... 41
*2.2.2. Sobre las causas de los despidos del complejo y polémico litigio jurídico y social de TeleMadrid. Examen de la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2014.* ..... 47
I. Introducción. ..... 47
II. Estudio de la sentencia del TSJ de Madrid de 9 de abril de 2013. ..... 47
*2.2.3. Despidos colectivos en el Ayuntamiento de Jerez de la Frontera. Diferente criterio jurídico del TSJ y TS (con voto particular) sobre la validez de los criterios de selección de los afectados. Nota a la sentencia del TS de 25 de junio (y sus efectos colaterales).* ..... 70
*2.2.4. Despidos colectivos en la Administración. Sobre qué debe entenderse por insuficiencia presupuestaria sobrevenida, la documentación debida y el fraude de ley. Notas a la sentencia del TS de 23 de mayo (caso Diputación de Ourense).* ..... 79
*2.2.5. Despidos colectivos. El caso de la Agencia Valenciana de Movilidad llega al Tribunal Supremo, que confirma la sentencia del TSJ. Nota a la sentencia de 21 de mayo.* ..... 89

*2.2.6. El Ayuntamiento de Estepona vuelve a los tribunales. Notas a la sentencia, de importante contenido procesal, del TS de 2 de diciembre de 2014 que declara la nulidad formal de la Sentencia del TSJ de Andalucía de 25 de octubre de 2.012.* ..... *95*
*2.2.7. La saga "Ayuntamiento de Estepona", tercera parte, y parece que no será la última. EL TSJ andaluz desestima nuevamente las demandas. Nota a la sentencia de 30 de septiembre de 2015.* ..... *102*
*2.2.8. Despidos colectivos. Ayuntamiento de Totana. Nota a la sentencia del TS de 2 de diciembre de 2014* ..... *109*
*2.2.9. Despidos colectivos. Relación entre la extinción de la personalidad jurídica y la aplicación del procedimiento de despido colectivo (¿puede ser una sentencia un artículo doctrinal?). Notas a la sentencia del TS del 3 de diciembre (Caso "Fundación Servicio Valenciano para el empleo").* ..... *112*
*2.2.10. Despidos en la Administración local. Nuevamente sobre legitimación para negociar y presunta vulneración de derechos fundamentales e insuficiencia presupuestaria sobrevenida. Notas a la sentencia del TS de 26 de febrero (caso Ayuntamiento de Aljaraque).* ..... *116*
*2.2.11. Despidos colectivos. El impacto de los ajustes en el sector público y la fusión empresarial como causa organizativa. Nota a la sentencia del TS de 28 de enero de 2015.* ..... *119*
*2.2.12. Los despidos colectivos llegan a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. Sobre el concepto de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente en las Administraciones Públicas y el carácter ultra vires del RD 1483/2012. Notas a la sentencia de 19 de mayo.* ..... *123*
*2.2.13. Despidos colectivos. Sucesión de empresas. Normativas convencionales no aplicables a las Administraciones Públicas por no poder estar incluidas estas en su ámbito de aplicación. Nota a la sentencia del TS de 21 de abril.* ..... *130*
*2.2.14. ¿Extinción contractual por imperativo legal y no por decisión empresarial? ¿Despidos improcedentes que no computan a efectos del umbral de los despidos colectivos? ¿Inaplicación de la Directiva de 1998 a los despidos en el sector público? Notas a la importante sentencia del TS de 21 de abril (Caso Servicio Andaluz de Empleo).* ..... *132*
*2.2.15. Despidos colectivos. Las televisiones públicas (ahora de la Región de Murcia) otra vez en el punto de mira del Tribunal Supremo. La borrosa distinción entre la nulidad y el carácter no ajustado a derecho de una decisión empresarial. Notas a la sentencia de 24 de marzo.* ..... *138*
*2.2.16. ¿Fin de la saga de los despidos colectivos en el Ayuntamiento canario de La Oliva? Cuarta entrega: nota a la sentencia del TS de 21 de julio, que confirma la dictada por el TSJ de las Islas Canarias de 28 de agosto de 2014, y resumen de las tres sentencias anteriores (dos del TSJ y una del TS).* ..... *145*
*2.2.17. Otro ayuntamiento canario ante el Tribunal Supremo. Despido colectivo ajustado a derecho por cese de actividad de servicios no obligatorios de la corporación local. Una nota a la sentencia del TS de 20 de mayo (caso Ayuntamiento Telde).* ..... *156*
*2.2.18. Encomienda de gestión entre Administraciones. Insuficiencia presupuestaria. Mantenimiento de la actividad. Extinción de contratos para obra o servicio no ajustada a derecho. Nota a la sentencia del TS de 28 de abril.* ..... *160*
*2.2.19. Despidos colectivos. El importante "caso TRAGSA". Notas a la sentencia del TS de 20 de octubre de 2015 que estima el recurso de la empresa contra la sentencia de la AN de 28 de marzo de 2014, y recordatorio de los contenidos más importantes de esta.* ..... *162*
*2.2.20. Despidos colectivos. El impacto de la crisis en las sociedades con capital autonómico y local. Nota breve a la sentencia del TS de 24 de noviembre de 2015 (caso Gestur).* ..... *185*
*2.2.21. Despidos colectivos. Inexistencia de cesión ilegal. Sobre la protección de los trabajadores en el sector público. Notas a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2016, caso "Caminos Jaén SA" (y nuevamente con voto particular discrepante de cuatro magistrados y magistradas).* ..... *186*
*2.2.22. Despidos colectivos en el sector público. La importancia de la disminución de ingresos como causa económica que los justifica. Nota a la sentencia del TS de 10 de mayo de 2016.* ..... *192*
***2.3. Modificación sustancial de condiciones de trabajo.*** ..... ***195***
*2.3.1. Sobre los límites a las decisiones unilaterales empresariales y la obligación de respetar la normativa vigente (arts. 41 y 82 de la LET). Notas a las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2013 y 16 de enero de 2014.* ..... *195*
*2.3.2. El Tribunal Supremo sigue marcando límites al poder de fijación unilateral de las condiciones laborales por el empleador (y acude al TFUE para apoyar sus tesis). Nota a la importante sentencia de 27 de enero de 2014 ("Caso Cortefiel").* ..... *199*
*2.3.3. El Tribunal Supremo se pronuncia en Sala General sobre los requisitos necesarios para que pueda aplicarse una modificación sustancial de condiciones de trabajo. Notas a la importante sentencia de 16 de julio (y breve anotación de otras dos sentencias dictadas el 16.9 y 22.7)).* ..... *203*
***2.4. Tiempo de trabajo.*** ..... ***211***

*2.4.1. La Audiencia Nacional y los límites a la obligación de ejercer el derecho a reducción de jornada por guarda legal y motivos familiares durante "la jornada diaria de trabajo". Notas a la importante sentencia de 23 de marzo.* ..... *211*
*2.4.2. Sobre la prevención de riesgos laborales en el sector bancario, el registro de la jornada diaria y las horas extraordinarias. A propósito de una tesis doctoral y de la sentencia de la AN de 4 de diciembre de 2015.* ..... *214*
*2.4.3. Llegan las vacaciones, llegan las sentencias del Tribunal Supremo (con votos particulares concurrentes en el fondo y discrepantes en como se ha llegado al mismo) ...y nuevamente del TJUE. A propósito de dos sentencias del TS de 8 de junio y de la sentencia del TJUE de 30 de junio.* ..... *218*
***2.5. Despido individual objetivo consecuencia de un previo despido colectivo.*** ..... ***219***
*2.5.1. Sobre el contenido de la carta de un despido individual por causas objetivas derivado de un procedimiento de despido colectivo. La necesaria concreción detallada de la causa. Nota a la importante sentencia del TS de 12 de mayo.* ..... *219*
*2.5.2. Despido objetivo. Acreditada la causa económica, la empresa puede seleccionar al trabajador a despedir. Nota crítica a la sentencia del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2015, con votos particulares discrepantes.* ..... *221*
*2.5.3. Sobre la (no obligación de) comunicación a los representantes de los trabajadores de los escritos de despidos objetivos derivados de procedimiento de despido colectivo. Una nota a la sentencia del TS de 30 de marzo de 2016 (con voto particular radicalmente discrepante de dos magistrados sobre la protección de los derechos colectivos).* ..... *231*
***2.6. Despido individual. Indemnización.*** ..... ***236***
*2.6.1. Indemnización por despido improcedente y contrato formalizado antes del 12 de febrero de 2012: ¿regreso a los orígenes de la reforma laboral? Nota a la sentencia del TS de 18 de febrero de 2016 y su nueva interpretación de la disposición transitoria quinta de la Ley 3/2012.* ..... *236*
***2.7. Convenios colectivos. Ultraactividad.*** ..... ***241***
*2.7.1. Ultraactividad. Notas a la primera sentencia (22 de diciembre de 2014) del Tribunal Supremo. Sobre la vigencia del convenio denunciado. Mantenimiento de las condiciones recogidas en contrato.* ..... *241*
*2.7.2. Sobre la ultraactividad de los convenios colectivos denunciados antes de la entrada en vigor de la reforma laboral de 2012. Notas a propósito de la sentencia del TS de 17 de marzo, que confirma la dictada por la AN el 23 de julio de 2013.* ..... *252*
*2.7.3. Ultraactividad. Se mantiene el criterio del TS... pero con un voto particular muy discrepante ... de dos sentencias Notas a la sentencia del TS de 1 de diciembre de 2015 y recordatorio de la del TSJ de Cataluña de 12 de diciembre de 2013 (caso convenio colectivo de mercancías por carretera y logística de Barcelona), y voto particular discrepante de aquella... y también de la de 22 de diciembre de 2014.* ..... *260*
*2.7.4. Ultraactividad y contractualización de las condiciones de trabajo. Trabajadores actuales y trabajadores futuros. El debate no está cerrado. Nota a la sentencia del TS de 18 de mayo de 2016.* ..... *268*
*2.8. ¿Contratación laboral encubierta? Trabajos de colaboración social.* ..... *272*

**ANEXO. Relación de artículos publicados en el blog desde el 13 de febrero de 2012 al 11 de septiembre de 2016, inclusive, que analizan sentencias del TJUE, TC, TS, AN y TSJ que abordan directa o indirectamente litigios relacionados con el marco normativo resultado de la reforma laboral iniciada por el RDL 3/2012 de 10 de febrero y continuada por la Ley 3/2012 de 6 de julio.** ..... **276**

*Año 2012.* ..... *276*
*Año 2013.* ..... *277*
*Año 2014.* ..... *280*
*Año 2015.* ..... *283*
*Año 2016.* ..... *289*

## Presentación.

La Federació de Municipis de Catalunya me ha invitado, y se lo agradezco, a participar en la sesión de actualización de la función pública local a celebrar el miércoles 14 de septiembre. A tal efecto, ha solicitado que mi intervención verse sobre "Una visión crítica sobre la reforma laboral de 2012. Análisis jurisprudencial cinco años después en relación con las principales novedades apuntadas en la reforma y de interés para las administraciones locales".

Desde la entrada en vigor de la reforma laboral, operada por el Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero, de medidas urgentes de reforma del mercado laboral, y continuada por la Ley 3/2012 de 6 de julio y numerosas normas dictadas con posterioridad, he realizado en mi blog un seguimiento, y he tratado de analizar con rigor jurídico no exento en modo alguno de la reflexión social, las sentencias dictadas por los juzgados y tribunales sobre los contenidos más relevantes de dicha reforma.

No se trata ahora, porque ya están recogidas en el anexo de este documento, de recordar todos y cada uno de los criterios judiciales sobre asuntos tan polémicos como la afectación de aquella a las Administraciones Públicas y el sector público, los despidos colectivos, las indemnizaciones por despido improcedente, las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, la regulación de los convenios colectivos y su ultraactividad, o la ordenación y regulación del tiempo de trabajo, por citar los ejemplos, probablemente, más significativos. Como digo, en el Anexo encontrarán los lectores y lectoras una recopilación de todas las entradas publicadas en mi blog desde febrero de 2012 a septiembre de 2016, en las que procedo al análisis de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo, Audiencia Nacional, Tribunales Superiores de Justicia y Juzgados de lo Social, que abordan directa o indirectamente litigios relacionados con el marco normativo resultado de la reforma laboral. Con dichas sentencias, quienes tengan especial interés por el estudio y examen de cada temática abordad en el documento, podrán completarla debidamente, así como también ampliar su radio de conocimiento a otras problemáticas jurídicas que no se encuentran abordadas directamente en este documento.

El trabajo que pongo ahora a disposición se centra en aquellas resoluciones judiciales que me han parecido de especial interés para las Administraciones Locales y para las personas que prestan sus servicios en las mismas y a las que va dirigido el seminario de actualización, aun cuando también interesará, sin duda, a todas las personas que prestan sus servicios en el sector público en general y en las distintas Administraciones Públicas en particular, así como también a quienes estén interesados en la temática laboral y con independencia del ámbito de prestación de su actividad.

De tal manera, se inicia con una introducción general en la que procedo a un examen genérico de las reformas laborales del período de legislatura 2012-2015, con atención especial a un análisis crítico de la validación de la reforma de 2012 por la jurisprudencia del TC.

A continuación, abordo resoluciones judiciales de importancia, a mi parecer, sobre diferentes ámbitos temáticos. Centro mi atención en la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, con algún añadido (y no poco importante, ni mucho menos, para las AA PP) de aquella de la Sala Contencioso – Administrativa, y en alguna ocasión en la doctrina judicial de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. No obstante, en buena parte de las sentencias del TS que han sido objeto de atención se examina igualmente con detalle la sentencia de la AN o de un TSJ que ha sido objeto del correspondiente recurso de casación ordinario o recurso de casación para la unificación de doctrina, a fin y efecto de que el lector o lectora del artículo disponga de todos los elementos necesarios para tener un adecuado conocimiento jurídico del litigio. Como comprobarán quienes lean las sentencias dictadas sobre asuntos de especial relevancia, es frecuente que haya votos particulares, concurrentes o discrepantes, a la sentencia, algo que demuestra a mi parecer, y lo dejo sólo planteado, no solo diferencias o divergencias jurídicas sino también la distinta sensibilidad social que puede anidar en el seno de cada miembro de la Sala.

El primer ámbito temático es el de los despidos colectivos, de especial relevancia tras las reformas introducidas por el RDL 3/2012 y la Ley 3/2012, en especial la supresión de la autorización administrativa previa y su afectación a las Administraciones Públicas. He seleccionado dos sentencias de carácter general, justamente las dos primeras que se dictaron en litigios en los que el TS debió conocer de conflictos laborales suscitados después de 12 de febrero de 2012 (fecha de entrada en vigor del RDL 3/2012 de 10 de febrero, publicado en el BOE del día 11 y con entrada en vigor "al día siguiente de su publicación", y he concentrado mi atención en las sentencias, un total de 22, que ha debido resolver litigios importante en el sector público y en las AA.PP. Fíjense, a título de ejemplo, en la importancia de los distintos litigios que afectan a diversos ayuntamientos (Jerez de la Frontera, Estepona, Totana, Alajaraque, la Oliva, Telde), en los asuntos en que se ha debatido sobre extinciones contractuales en los medios de comunicación públicos (Telemadrid, Televisión de Murcia), o en los que han afectado a entidades y organismos públicos (diversos consorcios de unidades territoriales de empleo, desarrollo local y tecnológico de Andalucía, Diputación de Ourense, Agencia Valenciana de Movilidad, Fundación Servicio Valenciano para el empleo, Servicio Andaluz de Empleo, Caminos de Jaén SA).

El siguiente bloque incluye tres importantes sentencias en donde el TS fija los límites al poder de dirección empresarial respecto a la posibilidad abierta por el art. 41 de la Ley del Estatuto de los trabajadores de modificar sustancialmente determinadas condiciones de trabajo sin necesidad de autorización administrativa o de acuerdo con la representación del personal, y en su caso cuándo y cómo debe acudir al procedimiento previsto en el art. 82.3 para solicitar la inaplicación de un convenio colectivo.

La reforma abrió interrogantes sobre cómo debía aplicarse el derecho de la parte trabajadora en caso de petición de reducción de la jornada de trabajo, mantuvo las ya existentes sobre el control de la jornada de trabajo y de las horas extraordinarias, y adecuó la regulación del período vacacional a la jurisprudencia del TJUE, aunque dejando varios interrogantes abiertos. Las tres sentencias que se adjuntan en este documento abordan cada una de dichas cuestiones.

No menos importantes han sido los litigios planteados como consecuencias de demandas individuales presentadas por trabajadores afectados por un previo despido colectivo, ya fuere este último producto o no de un acuerdo con la parte trabajadora

durante el período de consultas. Son objeto de atención cuál debe ser el contenido de la carta de despido, la posibilidad de la empresa de seleccionar los trabajadores a despedir tras la acreditación de la causa aducida para el despido colectivo, o la (no obligación de) comunicación a los representantes de los trabajadores de los escritos de despidos objetivos derivados de procedimiento de despido colectivo.

En los primeros análisis de la reforma de 2012, fue objeto de atención destacada el cambio (= reducción) en la cuantía de la indemnización que la empresa debe abonar al trabajador en caso de despido improcedente si no optara por su readmisión. Mi atención se centra en una sentencia de especial importancia y que procede a la interpretación de la disposición transitoria quinta de la Ley 3/2012, tras haberse dictado alguna sentencia anterior que introdujo una importante confusión jurídica al respecto.

No menos atención se prestó, en especial a partir de la regulación del art. 86.3 de la LET y su regulación de la ultraactividad de los convenios colectivos estatutarios, cómo debía entenderse dicho precepto y su afectación sólo a los convenios negociados a partir de su entrada en vigor o también a los que estuvieran vigentes y que hubieran sido negociados con anterioridad. Mi documento analiza cuatro sentencias de indudable importancia, en las que se aborda el mantenimiento de las condiciones recogidas en contrato y la contractualización de las mismas, y la ultraactividad de los convenios colectivos denunciados antes de la entrada en vigor de la reforma.

Por último, y aun cuando no directamente vinculado a la reforma, y como un pequeño homenaje a mi maestro, compañero y amigo, Manuel Ramón Alarcón, Magistrado del TS y Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla, tristemente fallecido el 26 de abril de 2015, examino una importante sentencia en la que el alto tribunal cambió de criterio sobre los trabajos

temporales de colaboración social, que sin duda también será de especial interés para las personas responsables de recursos humanos en las distintas Administraciones Públicas.

Buena lectura.

## 1. Introducción. Un apunte general sobre las reformas laborales de la legislatura 2012-2015.

### 1. Consideraciones previas.

El 12 de febrero de 2012 es una fecha de especial relevancia para el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en España. Este día entró en vigor el Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (en adelante RDL 3/2012). Convalidado por el Congreso de los Diputados y acordada su tramitación como proyecto de ley, la Ley 3/2012 de 6 de julio, con entrada en vigor el día 8 (en adelante Ley 3/2012), mantendría sustancialmente los contenidos del RDL e incrementaría los poderes de dirección y organización empresarial, así como también reforzaría el nuevo modelo de negociación colectiva que ponía el acento en la prioridad del convenio colectivo de empresa como expresión máxima para los redactores de la norma de "modernización de las relaciones laborales".

El RDL 3/2012 fue la primera norma laboral del gobierno surgida de las elecciones generales de 20 de noviembre de 2011, a la que seguirían un amplio número de normas que han alterado sustancialmente las paredes maestras del edificio de las relaciones laborales en España1[1], con una velocidad de fórmula 1 que ha llevado a un permanente cuestionamiento del marco jurídico, no ya por el acuerdo o desacuerdo sobre el mismo, sino por la dificultad de su aplicación, en cuanto que se ha producido un constante goteo de cambios en textos aprobados pocos meses antes.

Además, el uso y abuso del Real Decreto-Ley como vía de regulación de los cambios en los textos legales se convirtió en el santo y seña de la estrategia del gobierno popular, padeciendo en muchas ocasiones el art. 86.1 de la Constitución española y la obligación de someter aquella forma jurídica al respeto de una "extraordinaria y urgente necesidad", aun cuando la amplitud con la que el máximo intérprete de la Constitución, el Tribunal Constitucional (en adelante TC), ha aceptado que la crisis económica (no toca ahora entrar en un debate más real y menos jurídico de ¿crisis para quién?) puede servir de justificación, en el marco de las amplias opciones políticas que permite nuestra Carta Magna, para gran parte de las medidas adoptadas de restricción de derecho sociales, no para los trabajadores sino también para todos los ciudadanos, a diferencia de los criterios más restrictivos en punto a la devaluación de tales derechos sociales que han mantenido otros TC como por ejemplo los de Italia (en materia de reforma de las pensiones) y de Portugal (en el ámbito de la limitación o supresión de derechos de los funcionarios públicos). Conviene traer a colación en este punto la voz más que autorizada de la expresidenta del TC, Mª Emilia Casas Baamonde, quien afirmaba el 17 de junio de 2015, en su discurso pronunciado con ocasión de la presentación de un (muy merecido) libro de homenaje a su obra durante su actividad en el TC, que los trabajos que lo componen efectúan un análisis vivo y crítico de la realidad laboral en la que se inserta la jurisprudencia del TC en el período 1998-2010, que prolongan en ocasiones hasta la realidad actual, realidad que Mª Emilia Casas define, con apoyo en la Memoria del Consejo Económico y Social sobre la situación socioeconómica y laboral de España en 2014, como "un período de negativos resultados para los derechos fundamentales, universalmente constatados para la igualdad, para el trabajo, para el empleo, la regulación jurídica del mercado de trabajo y de la protección social"[2].

---

[1] Un análisis muy crítico puede encontrarse en el informe presentado en noviembre de 2015 por la UGT "Balance de legislatura: 2011- 2015. Cuatro años de regresión social y económica". http://www.ugt.es/Publicaciones/LibroCompleto_BalanceLegislatura.pdf (última consulta: 23 de febrero). Refiriéndose al RDL 3/2012, si bien la cita es perfectamente aplicable a la Ley 3/2012, se afirma en el documento ugetista que "En conjunto, no hay duda de que ha sido la mayor agresión de derechos laborales producida desde la promulgación del Estatuto de los Trabajadores, y una grave injerencia a la autonomía de los agentes sociales sobre las materias que constitucionalmente les competen y sobre el Gobierno de su campo de actuación: las relaciones colectivas".

[2] El texto de la intervención de Mª Emilia Casas puede leerse en Derecho de las Relaciones Laborales, núm. 6, octubre 2015, págs. 663 a 669. Mª Emilia Casas reafirma una vez más en su intervención su negativa a un Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social como un mero apéndice de la economía, un DTSS simplemente subordinado a "… determinaciones incuestionables de política económica y a exigencias, indiscutibles también, de la Unión Europea, o de su gobernanza económica y monetaria" (pág. 668).

Las duras críticas vertidas desde ámbitos jurídicos, políticos y sociales a la primera reforma laboral, manifestada en el RDL 3/2012 y continuada en la Ley 3/212, tuvieron manifestaciones diversas; por ejemplo, el escrito suscrito por 55 catedráticos y catedráticas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en el que se manifestaba su discrepancia con la reforma y su preocupación jurídica por la situación de subordinación en que aquella colocaba a los derechos sociales constitucionales, y señaladamente los derechos de libertad sindical (art. 28.1), de negociación colectiva (art. 37.1) y al trabajo (art. 35.1) con respecto al de libertad de empresa y de defensa de la productividad (art. 33 y 38), , afirmando que la reforma introducía "un cambio radical en el modelo constitucional de relaciones laborales, basado en dos pilares esenciales: un delicado equilibrio entre poderes empresariales y derechos sociales y un estímulo a las expresiones de diálogo social, articuladas de manera señalada a través de la negociación colectiva", y concluyendo, aunque nuestras tesis no serían validadas, más bien todo lo contrario, por el TC, que la reforma laboral "presenta numerosos puntos que contradicen directamente derechos y principios constitucionalmente reconocidos y desarrollados por una extensa jurisprudencia del Tribunal Constitucional, tanto en lo que se refiere al derecho al trabajo como al derecho de libertad sindical. Y además es en una gran parte contraria a los compromisos internacionales asumidos por España, tanto respecto a la Carta de Derechos Fundamentales europea como a los Convenios de la OIT sobre libertad sindical, fomento de negociación colectiva y terminación de la relación de trabajo"[3].

Sobre el RDL 3/2012, y perfectamente aplicable a la Ley 3/3012, expuse en su momento diversas dudas de constitucionalidad que ahora recuerdo y que el TC ha resuelto en sentido negativo a mi planteamiento, con validación de todo el contenido de la reforma: Eran las siguientes: "a) ¿Respeta el RDL 3/2012 la normativa de la Organización Internacional del Trabajo en materia de libertad sindical, negociación colectiva y extinción del contrato de trabajo, en concreto los convenios números 87, 154 (artículo 8: Las medidas previstas con objeto de fomentar la negociación colectiva no deberán ser concebidas o aplicadas de modo que obstaculicen la libertad de negociación colectiva) y 158 (artículo 4 No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio). b) ¿Respeta el RDL 3/2012 la normativa de la Unión Europea, en concreto la Carta de los derechos fundamentales, en materia de libertad sindical, negociación colectiva y protección contra el despido? c) ¿Respeta el RDL 3/2012 la doctrina del Tribunal Constitucional – sentencia 192/2003 de 27 de octubre -- sobre el artículo 35 de la Constitución, que reconoce el derecho al trabajo? d) ¿Respeta el RDL la doctrina del Tribunal Constitucional respecto a la limitación del arbitraje obligatorio, recogida en la sentencia 11/1981 de 8 de abril? e) ¿Respeta el RDL la doctrina del Tribunal Supremo sobre adecuación de la duración de la prueba al objeto del contrato, plasmada en la sentencia de 20 de julio de 2011? f) La nueva articulación, que algunos califican de desarticulación, de la estructura de la negociación colectiva no permite a las organizaciones sindicales y empresariales organizar dicha estructura, dado el mandato imperativo de la prevalencia del convenio de empresa y la imposibilidad de modificarlo por los agentes sociales. ¿Puede esta limitación constituir una vulneración del derecho fundamental de libertad sindical en cuanto a uno de sus contenidos esenciales, según doctrina del TC, que es el derecho de negociación colectiva?"

Una valoración bastante crítica de la reforma se encuentra también en el excelente artículo de los catedráticos Mª.E. Casas y Miguel Rodríguez-Piñero en el editorial de la Revista Relaciones laborales (núms. 15-18) del mes de agosto de 2012 , con el título "Las reformas de la reformas laboral de 2012", cuya síntesis es la siguiente: La Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, resultado de la tramitación como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia del RDL 3/2012, de 10 de febrero, de igual denominación, no se ha limitado a introducir simples

[3]El texto íntegro se publicó en el diario El País el día 23 de marzo de 2012, con el título "Por un trabajo decente y unas libertades colectivas plenas", y puede también leerse en el blog del profesor Antonio Baylos http://baylos.blogspot.com.es/2012/03/por-un-trabajo-decente-y-las-libertades.html (última consulta: 23 de febrero de 2016).

mejoras técnicas. Es un texto que contiene reformas sustanciales significativas, introducidas, además, con una deficiente sistemática y técnica que le dan a la Ley una especial complejidad y dificultad de comprensión. La reforma de la Ley 3/2012 carece por completo de una ordenación sistemática. Sus contenidos, de muy plural naturaleza, no se sistematizan, desperdigándose las modificaciones relativas a la misma materia entre el cuerpo dispositivo, las disposiciones adicionales y su formidable aparato de disposiciones finales. Preceptos materialmente vinculados no se tratan en un mismo lugar. Además, esa revisión de la reforma iniciada por el RDL 3/2012 no se ha agotado con la Ley 3/2012, que ha entrado en vigor el 8 de julio. Sólo una semana después, el RDL 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, introduce nuevas reformas"[4].

Desde el ámbito político, las duras críticas al nuevo marco legal se plasmaron en los debates parlamentarios tanto de convalidación del RDL 3/2012 como en la tramitación parlamentaria, y culminaron en la presentación de un recurso de inconstitucionalidad (en adelante RI) por parte de diputados y diputadas del grupo socialista y de la Izquierda Plural, que no sería el único del que debería conocer el TC ya que el Parlamento de la Comunidad Foral de Navarra también interpuso RI contra algunos preceptos del nuevo texto.

En el ámbito sindical, la oposición a la reforma se manifestó en la convocatoria de dos huelgas generales en 2012 y en la presentación de escritos de queja ante las organizaciones internacionales (en especial la Organización Internacional del Trabajo) denunciando las, a su juicio, vulneración de derechos fundamentales y de otros derechos recogidos en la CE.

Las críticas a la reforma laboral han ido de la mano con las vertidas más adelante, y durante la legislatura recién finalizada, a normas que inciden en la restricción de otros derechos fundamentales vinculados muy directamente al ámbito laboral como son los de huelga, reunión, manifestación y de libertad de expresión e información (reforma del Código Penal, o Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana) y que han motivado igualmente la preocupación jurídica en el seno del propio TC, llegando a afirmar unos de sus miembros, el magistrado Juan Antonio Xiol, en voto particular a la sentencia 177/2015, de 22 de julio, que "los derechos de libertad de expresión e información están íntimamente ligados a la democracia. La sensibilidad y la forma con que los poderes del Estado abordan y tratan estos derechos son un indicador de la calidad de la democracia; por eso me alarma la tendencia restrictiva de estos derechos en la más reciente jurisprudencia constitucional".

Como es bien sabido, el TC validó la reforma laboral en las tres sentencias y un auto en las que debió pronunciarse no sólo sobre los RI antes citados sino también sobre dos cuestiones de inconstitucionalidad (en adelante CI) presentadas por el Juzgado de lo Social núm. 34 de Madrid y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. No es mi propósito realizar un examen completo de dichas sentencias y auto, dado que ello ya ha sido ampliamente realizado por la doctrina científica en las revistas especializadas y por los propios magistrados y letrados del TC[5], sino

---

[4] Una visión aún más crítica del, ahora, magistrado del TC Fernando Valdés sobre los cambios experimentados en el Derecho del Trabajo tanto durante el decenio 2000-2010 como en la continuación "intensificada y acentuada" en la presente, se encuentra en su intervención en el acto de homenaje a Mª Emilia Casas, afirmando que "… no resulta aventurado afirmar que estamos asistiendo, o acaso ya hemos asistido, a una deconstrucción de las funciones más tradicionales del Derecho del Trabajo: aquellas pertenecientes a su código genético y que, en buena medida, facilitaron el pacto social que alumbró el Estado social". Derecho de las Relaciones Laborales. Núm. 6, octubre 2015, pág. 662.

[5] Vid la ponencia presentada por el magistrado Fernando Valdés Dal-Re y el letrado Koldo Santiago Redondo "La jurisprudencia del Tribunal Constitucional española sobre la reforma laboral", presentada en el XVII encuentro de los Tribunales Constitucionales de España, Italia y Portugal, celebrado en Lisboa del 15 al 17 de octubre de 2015 y dedicado a "El Derecho del Trabajo en la jurisprudencia constitucional: evolución actual" http://www.tribunalconstitucional.es/es/actividades/Documents/XVIICONFERENCIA%20TRILATERAL/Ponencia%20TC%20Espa%C3%B1a%20Trilateral%202015%20Lisboa.pdf (última consulta: 23 de febrero de 2016). En dicha ponencia se efectúa una detallada síntesis de la doctrina del TC, y en menor medida de los votos particulares, contenida en el Auto 43/2014/de 12 de febrero, y las sentencia 119/2014 de 16 de julio y 8/2015 de 22 de enero, a las que hay que añadir la 140/2015 de 22 de julio (no examinada en la ponencia pero con contenido sustancialmente semejante a las dos anteriores en

poner de manifiesto, desde una perspectiva crítica, algunos de sus contenidos más destacados por lo que implican a mi parecer de reconstrucción, o deconstrucción, del marco democrático de relaciones laborales diseñado en la CE y que se sustenta (¿sustentaba?) en el adecuado contrapunto y equilibrio entre los derechos sociales y económicos, siendo así que la jurisprudencia del TC, con la salvedad de los votos particulares de tres magistrados/mosqueteros y con planteamientos radicalmente distintos a los de los restantes miembros del TC, ha fortalecido los segundos en detrimento de los primeros, aun cuando no sean de la misma opinión algunos autores, que defienden, al analizar el "canon de valoración" utilizado por el TC en dichas resoluciones, que "para el laboralista, más acostumbrado aparentemente a otras líneas de regulación, puede que sorprendan estos cánones de valoración constitucional, pero es claro que sin una estructura económica adecuada los derechos sociales no pueden alcanzar plena satisfacción ni pleno desarrollo"[6] [7].

## 2. Tres sentencias y un auto que validan la constitucionalidad de la reforma laboral pero que no disipan muchas dudas.

El TC, como digo, ha validado la reforma laboral desde la primera ocasión en que tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la misma, con motivo del auto núm. 43/2014 de 12 de febrero, que inadmitió a trámite la CI planteada por el Juzgado de lo Social núm. 34 de Madrid sobre diversos preceptos del RDL 3/2012[8], auto que contaría con votos particulares de los magistrados Fernando Valdés, Adela Asua y Luis I. Ortega, que se repetirían en la sentencias dictadas con posterioridad (salvo en la núm. 140/2015 de 22 de junio, debido a la triste circunstancia del fallecimiento el 15 de abril del magistrado Luis I. Ortega).

No obstante, conviene también hacer una somera referencia al auto núm. 191/2012 de 16 de octubre, en el que el TC inadmite por razones formales la CI planteada por el Juzgado de lo Social núm. 30 de Madrid sobre la constitucionalidad de los arts. 56 de la LET y 110.1 de la Ley 36/2011 de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (en adelante LRJS) en la redacción dada por el RDL 3/2012 por no cumplir con un requisito requerido para que el TC se pronuncie sobre el fondo, en concreto "un pronunciamiento específico del órgano judicial sobre la aplicación de la norma al caso, a efectos de garantizar que la resolución del litigio depende realmente de la solución que este Tribunal ofrezca sobre la constitucionalidad de la norma" de tal manera que "Debemos tener presente que la mera manifestación de una duda no cumple el juicio de aplicabilidad y relevancia, y en este caso, tras exponer los términos del debate, el órgano judicial no llega a concretar su criterio sobre si la nueva regulación introducida por el Real Decreto-ley 3/2012 en materia de despido es aplicable o no al proceso en curso".

Con posterioridad, y recogiendo y ampliando algunas tesis que ya habían sido apuntadas en el citado auto, la sentencia 119/2014 de 16 de julio desestimaría el RI interpuesto por el Parlamento navarro[9]

---

la cuestión relativa a la constitucionalidad del período de prueba de un año en el llamado contrato de fomento de emprendedores). En la introducción de la ponencia se explica que en la misma se tratará de sintetizar "los contenidos de nuestros pronunciamientos, describiendo con ello el juicio de constitucionalidad y las razones que lo sustentan y expresando en la descripción el canon de constitucionalidad acogido y las principales respuestas ofrecidas por el Pleno del Tribunal. No son pronunciamientos que puedan pasar desapercibidos, puesto que, tanto por su objeto como por sus efectos, el modelo de relaciones laborales español queda configurado desde su dictado por las determinaciones de esa jurisprudencia constitucional".

[6] García Murcia, J. "La reforma laboral ante el Tribunal Constitucional". Derecho de las Relaciones Laborales, núm. 3, junio 2015, pág. 301.

[7] En mi artículo, me baso, no creo que pudiera ser de otra forma, en los análisis que he venido efectuando de la reforma laboral desde su aprobación en febrero de 2012 y que han visto la luz tanto en revistas como en artículos de opinión y muy especialmente en mi blog.

[8] Los preceptos constitucionales que podían haber sido vulnerado a juicio del magistrado que propuso la CI eran el art. 86.1 en relación con el art 86.3 y los arts. 9.3 y 24.1 en conexión con el art. 35.1. Vid. "La jurisprudencia del Tribunal Constitucional…", ob. cit.

[9] Un comentario crítico a dicha sentencia se encuentra en Senra Biedma R. "El Derecho del Trabajo de la crisis y la crisis del Derecho del Trabajo". Iuslabor 3/2014 https://www.upf.edu/iuslabor/_pdf/2014-3/Senra.pdf (última consulta: 23 de febrero de 2016). La visión muy crítica del autor queda claramente expuesta en este párrafo que reproduzco: "Los paraguas

y declararía la constitucionalidad de los preceptos reguladores del contrato por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores (señaladamente la validez del período de prueba de un año) y de aquellos que regulaban de forma novedosa diversos aspectos de la negociación colectiva, como la posibilidad instaurada por el art. 82.3 de la Ley del Estatuto de los trabajadores (en adelante LET) del descuelgue del convenio colectivo aplicable, y la prioridad aplicativa del convenio colectiva de empresa recogida en el art. 84[10]. La validación del período de prueba ampliado se mantendría en sus mismos términos en la sentencia 8/2015 de 22 de enero y especialmente en la 140/2015 de 22 de junio, sentencia esta última que daba respuesta a la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco.

Con respecto a la sentencia 8/2015 de 22 de enero, el TC desestima el RI interpuesto por los diputados de los grupos socialistas y de la Izquierda Plural, siendo la sentencia que aborda más ampliamente la temática de la reforma laboral, en atención a la amplia y cuidada argumentación del RI sobre la inconstitucionalidad de determinados preceptos de la misma, recurso que es desestimado en su totalidad[11], tratándose de una sentencia que junto con la 119/2014 suponen, dicho con las cualificadas palabras del expresidente del TC Miguel Rodríguez-Piñero, "en algunos aspectos una sensible ruptura con la jurisprudencia constitucional precedente", y de ahí que cobre mayor sentido aún su afirmación de que la nueva fase de la jurisprudencia constitucional renueva la importancia de la etapa que es objeto de estudio en el libro homenaje a Mª Emilia Casas, "especialmente en aquellos aspectos en los que la reforma laboral de 2012 ha afectado a derechos constitucionalmente protegidos"[12]. La síntesis de la sentencia, publicada como introducción a la misma, da debida cuenta del amplio número de cuestiones abordadas: "Derechos a la igualdad, a la libertad sindical, a la tutela judicial efectiva, a la negociación colectiva y al acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad: constitucionalidad de los preceptos legales relativos al contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores; modificación sustancial de las condiciones de trabajo, negociación colectiva; extinción del contrato de trabajo, procesos por despido; aplicación de la suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, o derivadas de fuerza mayor en el sector público; y nulidad de las cláusulas de los convenios colectivos que posibiliten la extinción de los contratos de trabajo por cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación. Voto particular".

Desde el plano general de análisis crítico de la reforma laboral y de su validación por tres sentencias y un auto del TC conviene apuntar algunos interrogantes muy serios que abre la doctrina del TC sobre los derechos laborales y su protección constitucional, puestos de manifiesto por el profesor Jesús Cruz Villalón[13], ya que el TC adopta un significativo giro ".. tanto en lo que se refiere al método jurídico de control de la constitucionalidad, como en los que se refiere al alcance material de los derechos y principios consagrados en el texto constitucional". Dicho giro, que es un sustancial cambio de orientación tiene un claro resultado: "una notable reducción del canon de constitucionalidad, abriendo con ello un margen amplísimo a la posibilidad del debilitamiento por parte de sucesivas reformas

---

de cobertura de la constitucionalidad de los preceptos de legalidad ordinaria son utilizados para justificar, recortar o interpretar preceptos constitucionales cuya razón de ser es la tutela de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores y de sus representantes sindicales (especialmente, en el segundo caso, la autonomía colectiva en el ejercicio del derecho a la negociación colectiva), concebida para garantizar los derechos mínimos de los trabajadores que configuran una de las bases imprescindibles de la cláusula de Estado Social, como recoge pormenorizadamente el voto particular contenido en la propia sentencia.." (pág. 6)

[10] Los preceptos constitucionales que podían haber sido vulnerados a juicio del Parlamento navarro eran los arts. 14, 24.1, 35.1 y 37.1. Vid. "La jurisprudencia del Tribunal Constitucional…", ob. cit.

[11] Los preceptos constitucionales que podían haber sido vulnerados según el RI eran los mismos que los recogidos en el RI del Parlamento navarro, si bien afectaban a un contenido mucho más amplio de la reforma laboral. Vid "La jurisprudencia del TC…", ob. cit.

[12] Intervención en el acto de presentación del libro homenaje a Mª Emilia Casas "La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el período 1999-2010". Derecho de las Relaciones Laborales, núm. 6, octubre 2015, pág. 659.

[13] "Interrogantes y equívocos de la jurisprudencia constitucional sobre la reforma laboral de 2012". Derecho de las Relaciones Laborales, núm. 3, junio 2015, págs. 304 a 318.

legales de los derechos laborales constitucionalizados". Ejemplos ya más concretos de este cambio de orientación son enumerados en el artículo, como por ejemplo que en ningún momento de las sentencias 117/1994 y 8/2015 el TC procede a determinar cuál es el contenido esencial, infranqueable, de los derechos cuestionados, es decir, no precisa respecto de la regulación contenida en la reforma, y que afecta muy directamente a preceptos constitucionales como el derecho de libertad sindical, derecho a la negociación colectiva y derecho al trabajo, "cuál sería en concreto la frontera insuperable derivada de la presente exigencia de respeto al contenido esencial", además de reconfigurar alguno de tales derechos, el de negociación colectiva, insistiendo en que se trata de derecho de configuración legal (tesis fuertemente contestada en los votos particulares emitidos en las dos sentencias), reconfiguración que no sólo afecta a ese derecho sino que también es reiterada por el TC tras la afirmación, cierta, de que la CE no diseña un "preciso modelo de relaciones laborales", pero afirmación que en modo alguno quiere decir a mi parecer rebajar el estándar de protección de los derechos laborales constitucionales, y por ello coincido con la tesis del profesor Cruz de que "… por esa insistente apelación a la inexistencia de un modelo constitucional de relaciones laborales, se aproxima la comprensión generalizada de los derechos laborales como derechos de libre configuración legal".

Último, y desde luego no menos importante, es la manifestación que formula el profesor Cruz, y que ya ha sido puesta de manifiesto en muchos análisis críticos de la doctrina (y que conviene poner de manifiesto que en otros países en donde también se ha dado ha merecido muy diferente valoración por parte de sus tribunales constitucionales, como el portugués y el italiano) del apoyo expreso que realiza el TC a la reforma laboral sobre la base de la aceptación de la justificación de las medidas adoptadas en razón de la crisis económica, convirtiéndola en un nuevo "canon de constitucionalidad" que desde luego no aparece como tal en la CE y que acaba desviando el marco laboral legal, a partir del presupuesto de la necesidad de adoptar medidas para enfrentarse a la crisis, hacia una posición de supremacía del empleador en el marco de la relación jurídica individual del trabajo y de debilitamiento del papel de las organizaciones sindicales en la regulación de las relaciones colectivas de trabajo.

### 3. Unas notas sobre el RI del PSOE e Izquierda Plural, desestimado íntegramente por la sentencia 8/2015 de 22 de enero.

1. Expongo de entrada, en síntesis, mi parecer del texto. Conviene destacar que buena parte de la argumentación del recurso ya se encontraba en el escrito dirigido por UGT y CC OO a la Defensora del Pueblo en funciones para que presentara recurso de inconstitucionalidad contra el RDL 3/2012, así como también en el dirigido a la nueva Defensora del Pueblo para que lo presente contra la Ley 3/2012. El recurso tiene una sólida base jurídica, tanto constitucional como laboral. Además, efectúa una introducción de mucho interés con el análisis del Estado social y democrático de Derecho, y como éste debe condicionar, desde la triple vertiente de "social", "democrático" y de "derecho", todas las decisiones y actuaciones de los poderes públicos, y por ello también obviamente la de las normas que se aprueben. Creo que el recurso tiene una estrategia previa, es decir antes de entrar en el análisis concreto de los preceptos impugnados, que es el de "marcar las reglas del juego", el art. 1 CE, y sustentar la tesis (bien argumentada) del "baluarte" (cito textualmente la palabra utilizada en el recurso) que constituyen los art. 7 (representación institucional de los agentes sociales), 28.1 y 37.1, queriendo el recurso, como digo, "marcar las reglas de juego" y argumentar que estos derechos son el "baluarte indisponible que se proyecta sobre el derecho al trabajo y sobre las condiciones mínimas en que ese trabajo puede y debe prestarse". Desde este planteamiento previo es como debe entenderse la manifestación de que la reforma laboral infringe varios preceptos de la Carta Magna, infracciones que traen causa "del aparentemente deliberado y, en todo caso, muy evidente, desconocimiento del marco estructural y axiológico en el que nuestra Constitución se inserta". Hay otro hilo argumental relevante, y que corre parejo con el anterior, cual es tratar de demostrar la centralidad de los derechos sociolaborales en nuestra Carta Magna, sin negar en modo alguno la defensa de otros derechos, como el de libertad de empresa, o la mejora de productividad (art. 38), pero siempre defendiendo, y argumentando, que no puede redactarse una norma, como la de la reforma laboral, que pretende proteger la libertad de empresa y la defensa de la productividad pero pasando por delante por los

derechos sociolaborales, entre ellos, y señaladamente, el derecho fundamental de libertad sindical y su contenido esencial del derecho de negociación colectiva; o por decirlo con los propios términos del recurso, "nuestro modelo constitucional exige un desarrollo legislativo que haga posible la garantía de la productividad empresarial sin lesionar el contenido esencial de la fuerza vinculante de los convenios colectivos y de la actividad sindical consustancial al derecho fundamental de libertad sindical", y el modelo diseñado por la reforma claramente lo vulnera a juicio de los recurrentes.

Es también sugerente el argumento de que la normativa laboral no puede hacerse "en el vacío legal", es decir sin contar con la participación de los agentes sociales en sus fases previas (diálogo y concertación social) sin perjuicio de que haya o no acuerdo con estos en la redacción final de la norma, y de ahí que el recurso argumente que una norma como es la de la reforma laboral que supone "una profunda transformación de nuestro Derecho del Trabajo", que se gesta sin participación de las fuerzas sociales y que lesiona derechos concretos de los trabajadores, "se sitúa fuera del marco de nuestro Estado social y democrático de derecho, se sitúa fuera de la Constitución".

El recurso gira alrededor de la consideración prioritaria del derecho de libertad sindical (art. 28.1 CE), y formando parte del mismo, como contenido esencial, del derecho de negociación colectiva (art.37.1). Ello queda claramente reflejado en la defensa que se efectúa de la negociación por parte de las organizaciones sindicales (y aquí incluyo, aunque no me queda tan claro en el recurso a las secciones sindicales de empresa), frente a la negociación (que supondría en alguna ocasión una vulneración del art. 28.1 CE) por parte de las representaciones unitarias de los trabajadores en la empresa. También se enfatiza, pero con menos fuerza a mi parecer, el derecho al trabajo desde la vertiente de la causalidad de la extinción (art. 35.1) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1) en relación con el acceso a los tribunales en caso de despidos colectivos y de extinción del contrato de trabajo durante el período de prueba de un año en el contrato indefinido de apoyo a emprendedores, en la medida en que la regulación de la Ley 3/2012 (ya existente en el RDL 3/2012) pretende sustraer a los tribunales buena parte del análisis de la adecuación, razonabilidad y proporcionalidad de la decisión empresarial.

Es sugerente la argumentación de la inconstitucionalidad de la intervención de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, u órgano equivalente de Comunidad Autónoma para resolver las discrepancias entre las partes sobre la inaplicación del Convenio Colectivo. Quizás hubiera podido decirse algo más, con la mención, y critica, del RD 1362/2012, de 27 de septiembre, pero supongo que el recurso estaba prácticamente cerrado algunos días antes de su presentación. Creo que la lectura del RD 1362/2012 refuerza los argumentos del recurso en cuanto a la inconstitucionalidad de la intervención de un tercero, a petición de una sola de las partes y por tanto sin acuerdo previo, y además está muy bien argumentada la inconstitucionalidad del arbitraje obligatorio (ya sea con este nombre o con el de "Decisión), destacando en especial como el TC ha aceptado, ciertamente, el arbitraje obligatorio pero con unas notas de excepcionalidad que no existen, ni por casualidad, en la Ley 3/2012, y concluyendo, con pleno acierto a mi parecer, que de la ausencia de excepcionalidad o situación extraordinaria en la regulación del procedimiento de arbitraje obligatorio para el procedimiento de inaplicación convencional "debe una vez más concluirse en la presencia de una palpable lesión al derecho constitucional a la negociación colectiva y a la libertad sindical".

Como ya he dicho, la defensa del reconocimiento constitucional de la fuerza vinculante de los convenios (de todos) es el eje central de buena parte del recurso, y el que sirve lógicamente para defender que la modificación unilateral de las condiciones de trabajo vulnera el art. 37.1 CE. Siempre ha habido en este punto un intenso debate doctrinal sobre la defensa, por unos, de la fuerza vinculante para todos los convenios (diferenciándola de la eficacia general), y con utilización de la sentencias del TC referenciadas en el recurso, y otro más minoritario (pero con mucha fuerza mediática) que defiende que la fuerza vinculante sólo puede predicarse, en su caso, de los convenios colectivos estatutarios del título III de la LET. Para los recurrentes, la fuerza vinculante de todos los convenios (con esta u otra denominación) colectivos queda totalmente devaluada en la reforma laboral al permitirse la modificación unilateral de todos aquellos que no sea estrictamente convenios colectivos estatutarios, "al extremo de negar incluso el pacta sunt servanda de tales acuerdos y pactos colectivos de los que goza cualquier contrato privado conforme a lo establecido en la legislación civil".

Modificación unilateral que, insisto, se refuerza por la amplitud y laxitud con que se configuran las causas que permiten poner en marcha el mecanismo de modificación de

las condiciones de trabajo, que acabará a falta de acuerdo en decisión unilateral del empleador de modificación, extinción de la relación contractual por el empleador, y/o impugnación de la decisión empresarial ante los juzgados de lo social.

Comparto también el planteamiento sobre la vulneración del derecho a la negociación colectiva por la redacción del art. 82.3 de la LET y la prioridad aplicativa absoluta, sin posibilidad de modificación, del convenio de empresa sobre cualquier otro convenio. Baste la manifestación de que dicha prioridad absoluta no permite a las fuerzas sociales desarrollar plenamente todo su potencial negociador. Ciertamente, puede haber limitaciones a la negociación colectiva, o más exactamente a los contenidos convencionales, y la jerarquía normativa pone de manifiesto los límites que la ley puede establecer a la negociación, pero en tal caso se trata de relaciones ley-convenio y no entre convenios. Aquello que no parece constitucionalmente viable es el condicionamiento excluyente de los términos de la negociación, es decir "lo que no resulta posible en términos constitucionales es que la normativa estatal proceda a fijar con exclusividad e imperativamente la estructura de la negociación colectiva, así como la determinación absoluta de los criterios conforme a los cuales se resuelven los conflictos de concurrencia entre convenios colectivos, o en su caso, de articulación de los mismos".

Bien argumentada me parece la crítica a la no causalidad de la regulación de los despidos colectivos, y la vulneración de los principios de adecuación, razonabilidad y proporcionalidad. El recurso "le dice" al TC cómo ha de ser la regulación, indicándole el camino para declarar la inconstitucionalidad del art. 51.1 LET, razonando abundantemente la inconstitucionalidad del precepto en la medida que vacía de contenido, con la redacción de la reforma laboral, las causas económicas y empresariales que justifican la extinción colectiva (o individual/plural si se aplica el art. 52 c de la LET), "en la medida en que se limita a identificar dichas causas con simples hechos, eliminando el juicio de razonabilidad". En una línea que trata de evitar justamente este vacío se han manifestado primero varias sentencias de las Salas de lo Social de los TSJ y la Sala de lo Social de la AN, y posteriormente de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo una vez que ha conocido de los recursos de casación interpuestos contra las sentencias de instancia, en el sentido de valorar la incidencia del ERE sobre la marcha de la empresa, su entidad y adecuación a la situación de la misma, o la razón de ser del número de afectados, aunque no es menos ciertos que algunas sentencias no han seguido el mismo camino y han aplicado la letra estricta del art. 51.1, favoreciendo así las extinciones contractuales[14].

### 4. La primera validación de la reforma laboral por el auto 43/2014 de 14 de febrero.

El uso y abuso del RDL por parte del gobierno del partido Popular, y no sólo en materia laboral, ha llevado a situaciones jurídicas en donde el principio constitucional de seguridad jurídica palidece, por

[14] "Parte la Sentencia, como hiciera la STC 119/2014, de que estando encomendada al legislador la garantía del derecho a la negociación colectiva laboral (art. 37.1 CE) nos encontramos ante —un derecho esencialmente de configuración legal‖. Esto es, afirma: i) el legislador goza de un amplio margen de libertad para delimitar, como derecho necesario, aspectos de la estructura, contenido, alcance y límites de la negociación colectiva, en razón de la superior posición que ocupa la ley en la jerarquía normativa; ii) el reconocimiento constitucional del derecho a la negociación colectiva no conlleva el desapoderamiento normativo del Estado para regular los aspectos básicos de su ejercicio, pudiendo el principio de autonomía colectiva presentar excepciones siempre y cuando la limitación que suponga esté justificada; iii) la Ley puede desplegar una virtualidad limitadora de la negociación colectiva y puede, igualmente, de forma excepcional, reservarse para sí determinadas materias que quedan excluidas, por tanto, de la contratación colectiva; iv) la Constitución de 1978, en suma, no diseña un modelo cerrado de relaciones laborales, ni más concretamente, de negociación colectiva, correspondiéndole al legislador estatal, en el ejercicio de las funciones que la propia Constitución le confiere, configurar el que considere más idóneo en cada momento, eligiendo entre las distintas alternativas posibles la que estime más adecuada, no solo para alcanzar los objetivos que aquélla le impone, sino también para adoptar las medidas precisas que garanticen su realización; y v) no es función del Tribunal enjuiciar si las soluciones adoptadas en la Ley impugnada son las más correctas técnicamente, o si constituye la más oportuna de entre las distintas alternativas posibles para la consecución de los fines pretendidos, sino únicamente si se ajustan a los mandatos, reglas y principios que la Constitución impone…"Valdés F. y Santiago K. "La jurisprudencia…" ob. cit., pág. 19.

no decir que corre el riesgo de desaparecer, y tenemos un ejemplo muy evidente: el Real Decreto-Ley 16/2013 de 20 de abril "modificó" la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2014 aprobada el día anterior en el Congreso de los Diputados pero que no se publicó hasta varios días después en el BOE, o dicho en términos que pretendo que sean jurídicos el RDL pretendió modificar una ley aprobada pero aún no refrendada por la firma del Rey y publicada en el BOE. En puridad jurídica, y les pido disculpas por lo que parece un trabalenguas jurídico, un RDL quiere modificar el texto de una ley, pero no lo puede hacer porque esta ley aún no está en vigor. ¿Cómo deshacer el entuerto y conseguir el objetivo perseguido? Pues nada más ni nada menos que con un nuevo RDL (1/2014) que procede a modificar a la, ahora ya sí en vigor, LPGE 2014, para incorporar la redacción dada a dos preceptos de la citada ley por el RDL 16/2013. ¿Lo entienden Uds? Entenderlo, como personas bien conocedoras del mundo jurídico en su gran mayoría seguro que sí, pero no me negarán que el espectáculo dado tanto por el ejecutivo como en parte también por el legislativo no es precisamente edificante.

Pero, no todos los juristas están, o parecen estar, preocupados por el uso recurrente del RDL, y el ejemplo más claro, y reciente, lo tenemos en el Auto dictado por el Pleno del Tribunal Constitucional el 12 de febrero que desestima la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Social número 34 de Madrid contra el RDL 3/2012 en general, y contra algunos preceptos concretos del mismo relativos a la cuantía de la indemnización en caso de despido improcedente y al abono de los salarios de tramitación sólo cuando opere la readmisión del trabajador pero no cuando el empleador proceda a extinguir el contrato mediante abono de la indemnización legalmente debida. No es mi propósito analizar todo el contenido el Auto del TC, que cuenta con dos votos particulares, el primero suscrito por tres magistrados (Fernando Valdés, Luís Ortega y Adela Asua), y el segundo por el magistrado Juan Antonio Xiol), aunque sí apunto que no deja de sorprender que la inadmisión del auto porque "las dudas de constitucionalidad planteadas carecen de viabilidad suficiente y han de considerarse notoriamente infundadas" haya requerido de otro auto de 46 páginas[15].

Del auto del TC sólo quiero abordar la llamada, por el propio tribunal, vertiente "estrictamente jurídica" al examinar la cuestión de inconstitucionalidad, y lo hago justamente porque creo que no es así. El TC hace suya la crítica del Fiscal General del Estado al auto, que afirma que este "bordea por momentos la estricta sujeción a razonamientos jurídicos para adentrarse en consideraciones de cariz ideológico o político..", para añadir a continuación que estas consideraciones "obviamente han de quedar fuera de nuestro enjuiciamiento", en tarea que parece olvidar el art. 1 de nuestra Carta Magna y el art. 9.2 del mismo textos que estoy seguro sin duda que los magistrados y magistradas del TC conocen sobradamente. Ahora bien, este visión o vertiente, repito, "estrictamente jurídica" chirria o hace aguas cuando, por ejemplo, tras exponer que " a la vista de la grave situación de crisis económica del país y de las altas tasas de desempleo, la reforma introducida por el Real Decreto-ley 3/2012 está orientada, entre otros objetivos y según se deduce de su Exposición de Motivos, a reducir los costes del despido como medida necesaria para mejorar la eficiencia del mercado de trabajo", añade inmediatamente a continuación un razonamiento que tiene mucho más de opción de política socioeconómica que no de argumento puramente jurídico (si se entiende apartado de la realidad), ya que afirma textualmente lo siguiente: "Pues bien, al margen de la valoración que desde otras perspectivas pudiera merecer, no parece discutible que la decisión de reducir la indemnización en los despidos improcedentes, sin abono en esta opción –como regla general– de salarios de tramitación, contribuye al abaratamiento del precio del despido para el empresario y, asimismo, favorece la limitación del gasto público…". Se podrá ciertamente estar de acuerdo o con esta afirmación, pero de lo que no

[15] Menos cauto era el profesor Antonio Baylos cuando afirmaba en su blog , en el artículo "¿Es constitucional el Real Decreto-Ley de la reforma laboral?" que el TC declara infundada la cuestión "porque tenía prisa por hacer pública una decisión sobre la reforma laboral" y que con este escrito el TC "se ha apresurado a hacer un amable regalo de cumpleaños al gobierno", pues cabe recordar que el 12 de febrero se cumplieron dos años de la entrada en vigor del RDL 3/2012". http://baylos.blogspot.com.es/2014/02/es-constitucional-el-decreto-ley-de-la.html (última consulta: 23 de febrero de 2016).

me cabe duda es que una determinada opción jurídica, abaratar el coste del despido, responde a una razón de política socioeconómica, y el TC no le hace desde luego ascos a este argumento poco jurídico y muy socioeconómico.

Pero el TC, o su mayoría, van más lejos aún y afirman que "Esta decisión legislativa se enmarca dentro del planteamiento, defendido desde algunos sectores, de que la reducción del coste del despido puede favorecer la creación de empleo y la aminoración de la segmentación del mercado de trabajo". Afortunadamente el TC acepta que esta tesis "no es pacífica entre los expertos" y tiene toda la razón (¿estamos ante razonamientos jurídicos o de otro tipo? Me inclino por lo segundo), pero, parece que para no vincular esta opción de política socioeconómica al actual gobierno, afirma inmediatamente a continuación que esta idea "ha estado presente en buena parte de las reformas de nuestra legislación laboral desde 1994…". De esta manera, como los anteriores gobiernos, siempre según el razonamiento del TC, que tiene poco de "estrictamente jurídico" y mucho de socioeconómico, ya pusieron en marcha medidas semejantes a las del actual gobierno, se concluye que se está ante una opción de política legislativa que "…entronca con otros precedentes normativos, y sin que en sede constitucional corresponda enjuiciar la bondad técnica, la oportunidad, idoneidad o eficacia de las medidas introducidas…".

Vuelvo al Auto del TC y el parecer de la mayoría no ha sido, ciertamente, la tesis defendida por el voto particular de Fernando Valdés, con adhesión de otros dos magistrados, que defendió la admisión de la cuestión de inconstitucionalidad y el dictado de una sentencia estimatoria, criticando desde el inicio del voto la manifestación de la mayoría de tratarse de una cuestión "notoriamente infundada", juicio este, afirma con rotundidad el voto particular, "que queda ya desmentido a través de la simple observación de la densidad argumental necesitada por el Auto para la fundamentación

de aquella conclusión", que considera, añade ya el voto para dejar despejado el sentido de su tesis, "privada de la obligada consistencia jurídico-constitucional". El rechazo contundente a la utilización del RDL por no darse los motivos de extraordinaria y urgente necesidad requeridos por el texto constitucional se produce con un cuidado y riguroso argumentario, del que sólo desea destacar ahora, la afirmación de que el desacierto del Auto del que se disiente en el voto "adquiere tonos más graves desde una perspectiva constitucional al calificar como razones instrumentales o, por decirlo en su lenguaje, como "justificación específica de las medidas cuestionadas" las simples y descriptivas explicaciones que el Preámbulo hace de las novedades normativas introducidas por la propia norma de urgencia en las instituciones objeto de reforma..", y concluir después de la argumentación que "…se evidencia, sin margen alguno para la incertidumbre, de la simple lectura de las mismas, no resultando posible encontrar referencia alguna, incluso de manera muy colateral, a las razones demostrativas de la extraordinaria y urgente necesidad de la regulación de estas materias por un real decreto-ley en lugar de a través del cauce legislativo ordinario..")..

**5. Sobre la sentencia 119/2014 de 16 de julio.**

La crítica a la reforma laboral no provino sólo de las fuerzas políticas de la oposición, de las organizaciones sindicales, o un amplio sector de la doctrina iuslaboralista. El Parlamento navarro acordó el 27 de septiembre de 2012 presentar RI contra la Ley 3/2012, por entender que "el artículo 14, apartado uno, de la Ley 3/2012, por el que se modifica el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, es inconstitucional por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución Española", inconstitucionalidad que afectaría únicamente al inciso último del párrafo penúltimo del mencionado precepto estatutario, en cuanto establece que la decisión arbitral de la CCNCC u órgano autonómico equivalente "sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91 del Estatuto de los Trabajadores". Por cierto, me parece importante, y muy correcto jurídicamente, que el RD 1362/2012 reconozca que debe aplicarse el principio de proporcionalidad y adecuación por parte de la CCNCC (y del árbitro) al resolver el conflicto, ya que ambos deberán valorar la adecuación de la medida propuesta de inaplicación "en relación con la causa alegada y sus efectos sobre los trabajadores afectados". Y efectúo esta manifestación para poner de relieve las contradicciones de la reforma laboral, ya que justamente en materia de expedientes de regulación de empleo (artículo 51 de la LET) no parece haber excesivo

interés en aplicar los mismos criterios, aunque los tribunales laborales están aplicándolos en sus ya numerosas resoluciones judiciales dictadas en aplicación de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley 36/2011 reguladora de la jurisdicción social.

El miércoles 16 de julio de 2014 una nota del gabinete de prensa del TC anunciaba que el pleno del tribunal había desestimado "por amplia mayoría" el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Parlamento de Navarra contra algunos artículos de la Ley 3/2012, es decir de la reforma laboral aprobada por el gobierno del Partido Popular. Que yo sepa, pero es posible que mis conocimientos se hayan quedado obsoletos y necesite reciclarme, las sentencias estiman total o parcialmente, o desestiman, demandas y recursos, y si hay discrepancia con el fallo de algunos de sus miembros en órganos colegiados se presentan votos particulares. Pero, en fin, parece que el redactor de la noticia quería destacar precisamente que muchos magistrados, concretamente nueve, habían votado a favor de la desestimación, mientras que sólo tres

mosqueteros, perdón tres magistrados (¿en qué estaría yo pensando?) votaron a favor de la estimación del recurso, con un voto particular tan extenso como la sentencia, y a mi parecer mucho más intenso jurídicamente hablando desde el plano constitucional y no de estricta legalidad. Esta sentencia era la primera dictada a favor de la reforma laboral (después del Auto objeto de atención en el epígrafe anterior), ya que quedaba pendiente el conocimiento del RI presentado por el PSOE e Izquierda Plural y explicado con anterioridad, aunque para ser sinceros creo que el TC dejó desbrozado el camino para su desestimación, como así efectivamente ocurrió, dado que había argumentos en dicho recurso que coincidían sustancialmente con el presentado por el Parlamento navarro[16].

¿Cuál es mi valoración de la sentencia? No creo que sea correcta desde la perspectiva de la interpretación de los derechos constitucionales de libertad sindical, negociación colectiva y al trabajo, y por ello coincido con las tesis recogidas en el voto particular, ya que dicha resolución va a situar a mi parecer al Derecho del Trabajo y a los derechos constitucionales laborales en una posición subalterna y subordinada al "derecho de la economía" y a los condicionantes económicos de cada momento concreto, y me sorprende como la mayoría del TC aceptan esta subordinación sin mayores problemas y sin efectuar, como mínimo, alguna reflexión sobre la necesidad de seguir defendiendo un Derecho del Trabajo tuitivo al menos cuando mejore la situación de crisis económica. En cierta medida, y sugiero esta cuestión para debate, la sentencia aparca y se aparta del pacto constitucional de 1978 que se realizó (bien o mal, ahora es muy fácil criticarlo, pero recordemos cuál era la situación política y social de la transición) entre el mundo del trabajo y las fuerzas económicas. Desde luego, si algún día (¿2016?) hay un cambio de gobierno y la izquierda vuelve al poder le costará recuperar ese pacto como mínimo, ya que el impacto real de la reforma laboral no es sólo el que aparece en las normas sino el que ha llegado a la vida real de muchos empresas centros de trabajo, en especial de pequeña dimensión, que no se olvide que son la gran mayoría del tejido productivo español.

---

[16] 16 "La posibilidad que contempla el art. 82.3 LET, en la redacción dada por el art. 14.1 de la Ley 3/2012, de inaplicación de las condiciones establecidas en un convenio colectivo, constituye una excepción a la fuerza vinculante del convenio, pues contempla la posibilidad de que las partes acuerden la inaplicación (—descuelgue -) en la empresa de lo pactado en el convenio colectivo, en alguna de las materias que el precepto señala, cuando concurran causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, previo desarrollo de un periodo de consultas al efecto. La norma responde a una finalidad constitucionalmente legítima: pretende posibilitar la adaptación de las condiciones laborales a las circunstancias sobrevenidas que concurran en una empresa después de la aprobación del convenio, ante el riesgo de que el mantenimiento de tales condiciones pueda poner en peligro la estabilidad de la empresa y, con ello, del empleo, cuya protección constituye un deber de los poderes públicos (art. 40 CE)"… "La aplicación prioritaria -aunque sólo en relación con una serie de materias- de los convenios de empresa no es sino una regla de concurrencia entre convenios colectivos de distinto ámbito que no vulnera el derecho a la negociación colectiva, pues no deriva del art. 37.1 CE que la ordenación de los frutos de la negociación colectiva deba proceder necesariamente de la propia negociación colectiva….. Y reitera la Sentencia como fuente de justificación constitucional de la regulación legal, en fin, la defensa de la productividad y viabilidad de la empresa y, en última instancia, del empleo; objetivos que entroncan con derechos y principios constitucionales, como el derecho al trabajo (art. 35.1 CE), la libertad de empresa y la defensa de la productividad (art. 38 CE) y el fomento del empleo (art. 40.1 CE), desestimando con esas bases el motivo del recurso.". Valdes F. y Santiago K. "La jurisprudencia ...", ob. cit., págs. 17-18.

Hubiera sido posible, y jurídicamente mucho más respetuosa con el texto constitucional y las normas internacionales, una sentencia que no diera por válida el período de prueba de un año (aunque sea en empresas de menos de 50 trabajadores, que son el 98 % de las que hay en España), que no validara la posibilidad de inaplicación del convenio por una decisión en la que participa la Administración (bajo el paraguas formal de que la comisión consultiva nacional de convenios colectivos es un organismo independiente) y que hubiera cuestionado la prioridad absoluta del convenio de empresa porque de esta manera se vulnera a mi parecer la autonomía colectiva de los agentes sociales para regular las condiciones de trabajo (con el paraguas formal de que la Constitución no reconoce ni regula un modelo concreto de negociación colectiva).

La sentencia (no sólo esta sino otras anteriores del TC sobre la reforma laboral y sobre las competencias autonómicas, con un creciente y preocupante proceso de recentralización política) obliga a actuar en dos frentes a quienes están en desacuerdo con la misma: en primer lugar, el jurídico-político, con el análisis crítico de la sentencia y propuestas de intervención judicial basadas en el marco constitucional y en el derecho internacional que salven los aspectos más relevantes de las tesis opuestas a la reforma y defendidas hasta ahora por un sector de la judicatura; en segundo término, el social y el relevante papel que han de asumir los agentes sociales, dado que creo que, quieran o no una parte de los mismos, están obligados a entenderse porque si algo no interesa a muchas importantes empresas es un proceso de balcanización de las relaciones laborales y de devaluación salarial interna hasta límites insospechados.

En definitiva, estoy seguro que la sentencia no agradará a todos quienes creemos que no pueden dejarse las relaciones laborales y las normas que las regulan al diktat de las fuerzas económicas, pero sí que concitará la aprobación de aquellos que creen (y no son pocos) que muchas normas laborales son un freno al buen funcionamiento del sistema económico (o bueno para ellos, al menos).

## 6. La sentencia 140/2015 de 22 de junio, y sus puntos de conexión con la sentencia 8/2015 de 22 de enero.

La síntesis de la sentencia 140/2015 puede ser la siguiente: "Reforma laboral y período de prueba de un año. El TC desestima la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el TSJ del País Vasco, pero el Fiscal General del Estado se muestra casi completamente de acuerdo con el TSJ".

Viernes 31 de julio de 2015, día de inicio de las vacaciones para muchas personas trabajadoras, y también de regreso de quienes las han disfrutado, total o parcialmente, el mes de julio. No es precisamente un día para preocuparse por el Boletín Oficial del Estado, la consulta obligada para todos los juristas y mucho más en los últimos meses de frenesí legislativo en el Parlamento español. Pero, justo ese día se publica un suplemento de sentencias del Tribunal Constitucional y una de ellas de especial interés para el laboralismo aunque sólo sea por el interés que despierta conocer con detalle la argumentación, seria y rigurosa, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en la cuestión de inconstitucionalidad planteada contra el período de prueba de un año en el contrato estrella de la reforma laboral de 2012, el indefinido de fomento de empleo para apoyo de los emprendedores.

Se trata de la sentencia dictada por la Sala Segunda, núm. 140/2015 de 22 de junio, de la que fue ponente la magistrada Adela Asúa, que da respuesta, desestimatoria, a la cuestión de inconstitucionalidad 693-2014. No hay nada nuevo, literalmente hablando, en la citada sentencia respecto a las tesis del TC ya expuestas en las dos sentencias anteriores en que se ha pronunciado sobre la cuestión ahora abordada y muchas más de la reforma laboral. Tal como se afirma en el fundamento jurídico 2, "Las dudas de constitucionalidad planteadas por el órgano judicial en relación con los arts. 14, 24.1, 35.1 y 37.1 CE han sido resueltas por este Tribunal en las SSTC 119/2014, de 16 de julio y 8/2015, de22 de enero, a cuya doctrina hemos de remitirnos".

No sólo por "divertimento intelectual" sino muy especialmente por el interés jurídico, desde la perspectiva de protección de los derechos de los trabajadores, que tiene el auto de 21 de enero de 2014 del TSJ vasco, del que fue ponente la magistrada Garbiñe Biurrun, vale la pena destacar algunos de sus contenidos, y también porque me parece importante que se conozca que el Ministerio Fiscal se

alinea casi totalmente con las tesis del tribunal vasco, y en definitiva también con las defendidas, en el punto objeto de atención en el auto, por los votos particulares emitidos a las dos sentencias anteriores dictadas por el TC y que avalan la constitucionalidad de la reforma laboral, así como también para comparar los diferentes criterios sobre el principio de igualdad que tienen el TC español y el CC francés.

La vulneración del principio de igualdad del art. 14 de la Constitución se plantea porque la Sala no encuentra diferencias de ningún tipo entre las empresas de menos de 50 trabajadores y las restantes que puedan justificar que las primeras puedan contratar con la modalidad contractual de contrato indefinido, sea cual sea el puesto de trabajo ocupado y la categoría o grupo *profesional* del trabajador, con un período de prueba cuya duración es "en todo caso" de un año. Por decirlo con las propias palabras del Auto, "no se observa diferencia alguna ni en los servicios a prestar ni en las condiciones de su prestación, por lo que, a su juicio, ese periodo de prueba carece de justificación lógica, atendida su finalidad, de la que deriva la irrelevancia del tamaño de la plantilla de la empresa y la modalidad contractual, y sin que el precepto tenga en cuenta el concreto puesto de trabajo o las tareas a realizar, o la titulación de la persona trabajadora, a diferencia de lo que ocurre con la regulación general contenida en el art. 14 LET".

La vulneración del principio de igualdad lleva a la Sala a sostener también la existencia de la vulneración del art. 9.3 de la CE, ya que al haber dictado una norma que carece de toda justificación objetiva el legislador habría incurrido en una arbitrariedad expresamente prohibida por el texto constitucional, es decir habría vulnerado el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. La carencia de justificación de la extensión a un año del período de prueba también incide sobre el derecho constitucional al trabajo del art. 35.1, que incluye según doctrina constitucional el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir "el derecho a no ser despedido sin justa causa". La inexistencia de justificación razonable para el muy amplio período de prueba que excede en mucho de la regulación general recogida en el art. 14 de la LET, insistiéndose en que no guarda relación ni con el puesto de trabajo, ni con los servicios prestados, ni con la titulación de la persona trabajadora, es la que lleva a la vulneración, siempre según el auto del TSJ, del art. 35 CE y a la doctrina del TC (aunque ya sabemos que no será este el parecer del mismo TC) en cuanto que "merma extremadamente la protección de la persona trabajadora en relación con la extinción de su contrato y con su derecho constitucional al trabajo en su vertiente individual de estabilidad en el empleo en el marco de un contrato denominado indefinido".

La regulación cerrada de la duración del período de prueba ("en todo caso" su duración será de un año), provoca la vulneración del derecho constitucional a la negociación colectiva del art. 37.1 CE, ya que se impide que esta pueda adaptarlo a las circunstancias concretas y específicas que concurren en cada unidad de negociación; es decir, se impide a la negociación colectiva, más exactamente a la libertad de las partes negociadoras "asumir compromisos y regular acerca de esta concreta cuestión". Por fin, el hecho de encontrarnos ante un supuesto de desistimiento empresarial, en los términos en que está regulado el contrato indefinido de fomento de empleo de apoyo a emprendedores y el período de prueba, impediría ejercer el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido constitucionalmente en el art. 24.1 CE, dado que no podría plantearse en sede judicial la impugnación de la decisión empresarial por estar ante un supuesto de libre decisión empresarial por transcurso del plazo legalmente fijado.

No menos importante es recordar el voto particular de dicho Auto, emitido por el magistrado Florentino Eguarás, que estaba de acuerdo con la tesis del Auto pero que creía que el TSJ podía haber resuelto directamente la cuestión de acuerdo a la aplicación directa de la normativa europea, con alegación además de vulneración por la normativa interna de diversos preceptos de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en concreto los arts. 20.21, 30 y 47. De dicha voto particular reproduzco un fragmento de indudable interés: "Mi disconformidad no se sustenta en el desacuerdo con la cuestión que se plantea y sus fundamentos, sino porque entiendo que no era necesaria su sustanciación puesto que a la luz de la normativa comunitaria era de aplicación directa la misma, y por tanto se podía prescindir de este procedimiento teniendo por no puesta la posibilidad de que el contrato de trabajo se extinga por no superación del período de prueba en el primer año. Me

baso para ello en una jurisprudencia permanente que señala que los tribunales nacionales pueden aplicar directamente la normativa comunitaria cuando la misma de manera manifiesta acredita una contradicción con la normativa interna (T.J.C.E. 8 de Septiembre de 2011, C-177/10, entre las muchas existentes). Con esta prerrogativa y posibilidad entiendo que no es necesario el que se sustancie la cuestión de inconstitucionalidad porque directamente esta Sala podía tener por no puesta la posibilidad de extinguir el contrato de trabajo en base a no superar el período de prueba. En primer término dentro del derecho comunitario siempre tienen aplicación los convenios de la O.I.T., y el convenio 158 relativo a la terminación de la relación de trabajo establece claramente dos cuestiones: por un lado, que conforme a su Artículo 4 no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio; y, segundo, que se deberán garantizar las medidas frente a los contratos de trabajo de duración determinada, cuyo objetivo sea eludir la protección del convenio. A ello aúno el que la Carta Social Europea establece que todos los trabajadores tienen derecho a la protección en caso de despido, y que se reconoce el derecho a un trabajo estable existiendo una clara restricción en orden al trato desigual de los trabajadores temporales con los fijos (Directiva 1999/70, relativa a los trabajos de duración determinada)".

El interés del caso radica en la plena aceptación por el Ministerio Fiscal de las tesis defendidas en el Auto del TSJ, y lógicamente ello será puesto de manifiesto en el voto particular que emiten dos de los magistrados que discreparon de las sentencias 119/2014 y 8/2015, Adela Asua y Fernando Valdés, resaltando que la Fiscalía considera que ese período de prueba de un año vulnera los arts. 9.3, 14, 35.1 y 37.1 de la CE, y por ello, afirman, "dejamos constancia de la parcial coincidencia entre nuestro voto particular y la opinión del Fiscal General del Estado".

En efecto, en su escrito de 9 de abril de 2014 el Fiscal General del Estado interesó la estimación de la cuestión de inconstitucionalidad y manifestó que compartía la tesis del TSJ vasco de vulneración del principio de igualdad por el art. 4.3 de la Ley 3/2012. No existe, a su juicio, ninguna justificación del trato desigual en el período de prueba y no se alcanza a ver de qué forma esta ampliación del citado período contribuye al fomento de la contratación indefinida y a la creación de empleo. Para el Ministerio Fiscal, la falta de justificación de la medida convierte en arbitraria la decisión del legislador, "porque coloca a dos hipotéticos trabajadores sometidos a situaciones idénticas, pero cuya relación se rija por el texto refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores o por la ley discutida, en clara situación desigual, siendo los derechos nacidos para este segundo mucho más volátiles durante todo un año…", y de ahí que, ya sea como derecho autónomo o como parte del derecho a la igualdad, el texto sometido a debate vulnera el principio constitucional (art. 9.3) de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Más aún, y recuérdese que quien lo dice es el Fiscal General del Estado, la regulación del período de prueba vulnera el art. 35.1 CE, es decir, el derecho al trabajo, por quedar cuestionado con una regulación de tal período "injustificadamente tan amplio" que carece de "fundamentación, razonabilidad y proporcionalidad". En parecidos términos, manifiesta que las restricciones impuestas a la negociación colectiva para modular la regulación legal no resultan justificadas por carecer de razonabilidad, y por ello vulneran el art. 37.1 de la CE, sin que ello implique en modo alguno cuestionar que el legislador pueda regular una materia sustrayéndola de la negociación colectiva, pero que "hacerlo de forma injustificada, sin que consten razones objetivas, razonables y que en su caso sean proporcionadas a la finalidad que se pretenda con esa sustracción objetiva, resulta contraria a dicho derecho". Por el contrario, la Fiscalía entiende no vulnerado el art. 24.1 CE, ya que puede impugnarse la norma como se está haciendo mediante la cuestión de inconstitucionalidad, considerando que de esta manera, cuestionándose la duración excesiva y la inexistencia de razonabilidad, justificación y proporcionalidad de la duración de un año del período de prueba, se puede acceder a "una respuesta judicial, capaz de llenar el derecho a la tutela judicial efectiva que corresponde a los ciudadanos".

En fin, para que no nos olvidemos de la respuesta del TC, que encontramos en la sentencia 119/2014, a la que se remite la 8/2015 y ahora la que estoy comentando, su eje fundamental es la ampliación de la

finalidad tradicional del período de prueba, de tal manera que con esta duración "en todo caso" de un año, "se dirige en esta nueva modalidad contractual no solo a facilitar el mutuo conocimiento de las partes y de las condiciones de prestación de la actividad laboral y a acreditar que el trabajador posee las aptitudes necesarias para su contratación (como sucede con el periodo de prueba regulado con carácter general en el art. 14 LET), sino también, desde la perspectiva empresarial, a verificar si el puesto de trabajo es económicamente sostenible y puede mantenerse en el tiempo. Esta finalidad adicional justifica que el legislador haya fijado un periodo de duración de un año para todos los trabajadores, sin distinguir por su categoría o cualificación» [FJ 3 B)]".

Para el TC la fijación de un período de prueba superior al previsto en la normativa laboral general encuentra justificación "no sólo en la finalidad típica de todo periodo de prueba sino, sobre todo, en la específica y legítima finalidad de potenciar la iniciativa empresarial como instrumento para contribuir, junto con otras medidas de su régimen jurídico, a promover la creación de empleo estable, de conformidad con el mandato que el art. 40.1 CE dirige a los poderes públicos para llevar a cabo una política orientada al pleno empleo". Recordemos que el TC anuda la conformidad a la Constitución de este período de prueba ampliado a la política de creación de empleo en las pequeñas empresas, siempre que se contrate a personas desempleadas, a una "excepcional coyuntura de emergencia, caracterizada por elevadísimos niveles de desempleo, en ejecución del mandato que a los poderes públicos dirige el art. 40.1 CE» [STC 119/2014, de 16 de julio, FJ 3 f)]".

Desde esa perspectiva de ampliación, "new look", de la finalidad tradicional del período de prueba, vinculada no a las características del trabajo a desarrollar o de la titulación requerida, sino al interés económico empresarial, a disipar las dudas sobre la "viabilidad económica" del puesto de trabajo ocupado por el nuevo trabajador, el TC considera razonable la prohibición de la negociación colectiva en este punto, la imposibilidad de que los agentes sociales modulen el precepto en función de las características de cada unidad negociadora y de las circunstancias concretas y específicas que concurren en las misma, e incluso sostiene que de poder actuar de tal manera los agentes sociales pondrían en tela de juicio la razón de ser de la reforma, pues no de otra forma puede entenderse la afirmación del TC (sentencia 8/2015, fundamento jurídico 3 C) de que la decisión legislativa impugnada contribuye a "a impedir que la actuación de la autonomía colectiva pueda frustrar el legítimo y ya comentado objetivo de creación de empleo estable que se pretende alcanzar a través de esta modalidad contractual y su régimen jurídico".

Obsérvese ahora el diferente razonamiento jurídico de dos tribunales constitucionales, el español y el francés, sobre qué significa el principio constitucional de igualdad y su protección antes actuaciones del legislador presuntamente carentes de justificación de la desigualdad regulada.

Tras la explicación del caso español del período de prueba de un año, me ha parecido interesante referirme, siquiera sea de forma breve, a la Decisión del Conseil Constitutionnel nº 2015-715 de 5 del pasado 5 de agosto sobre la conformidad a la Constitución de la Ley para el crecimiento, la actividad y la igualdad de posibilidades económicas, conocida como "Ley Macron" por el nombre del Ministro de Economía, Industria y Digital, impulsor de la norma, aprobada por la Asamblea Nacional francesa el 9 de julio e impugnada ante el CC por la oposición. En dicha norma, publicada en el Diario Oficial de la República Francesa el 7 de agosto una vez suprimidos los preceptos considerados no conformes a la Constitución por el CC, se proponía la modificación del Código de Trabajo para introducir una nueva regulación de la indemnización por despido improcedente, fijándose unas cuantías mínimas y máximas según la antigüedad de trabajador en la empresa y según el número de asalariados que prestaran sus servicios en la misma (desde un mínimo de 2 meses a un máximo de 27), siendo dicha regulación impugnada ante el CC por considerar los parlamentarios recurrentes que la nueva regulación establecía una diferencia de trato injustificada entre los trabajadores despedidos sin causa justificada "en función del tamaño de la empresa", vulnerando de esta forma el principio constitucional de igualdad ante la ley".

El CC se detiene en la argumentación del legislador para defender la constitucionalidad de la norma, y observen que aquella es sustancialmente idéntica a la del gobierno español para defender la constitucionalidad de la ampliación del período de prueba de un año en el contrato indefinido de

fomento del empleo de apoyo a emprendedores; se trata (apartado 151 de la Decisión) de "asegurar una mayor seguridad jurídica y favorecer el empleo suprimiendo los obstáculos a la contratación", finalidades que considera de "interés general". Pues bien, para valorar la conformidad a derecho de la opción regulada en el proyecto normativo el CC parte de la premisa de la obligación del legislador de regular unos criterios que guarden relación con el perjuicio sufrido por el trabajador que es despedido sin existencia de causa justificadora, y acepta que la diferencia de indemnización según los años de antigüedad en la empresa es adecuada a la finalidad perseguida por la ley (recuérdese que la normativa española también modula la indemnización por despido improcedente, de tal forma que a partir de la reforma de 2012 es de 33 días de salario por año de servicio, con un máximo de 24 mensualidades), pero rechaza el criterio del tamaño de la empresa como referente para modular la indemnización (recordemos que la normativa española referenciada amplia el período de prueba a un año si la empresa tiene menos de 50 trabajadores), considerando que la diferencia de trato establecida por las disposiciones impugnada "desconoce el principio de igualdad ante la ley".

## 2. Ámbitos temáticos objeto de atención.

### 2.1 Despidos colectivos. Visión general.

#### *2.1.1. Comentario de la primera sentencia dictada por el Tribunal Supremo, el 20 de marzo de 2013, en materia de expediente de regulación de empleo tras la reforma laboral de 2012.*

1. La sentencia del TS de 20 de marzo de 2013, de la que fue ponente el magistrado Luis Gullón, resuelve dos recursos de casación interpuestos contra la sentencia delTSJ de Madrid de 30 de mayo, la segunda dictada en materia de ERES tras la entrada en vigor de la reforma laboral mediante el Real Decreto-Ley 3/2012. Dicha sentencia ya ha sido publicada en la base de datos del CENDOJ yacompañada con una buena síntesis de la misma, elaborada por el gabinete decomunicación del Poder Judicial que por su interés me permito reproducir.

"La Sala de lo Social del Supremo ha confirmado la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que declaró nulos el despido colectivo ejecutado por un grupo de empresas liderado por 'Talleres López Gallego ante los "graves defectos formales" probados en la tramitación del Expediente de Regulación de Empleo (ERE).

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid consideró probado que no se había entregado a los representantes de los trabajadores la documentación exigible en el período de consultas dentro del proceso, privándoles así de una información suficiente para conocer las causas de los despidos.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo falla en contra del recurso del grupo de empresas, para las que los 28 trabajadores afectados trabajaban indistintamente.

En la resolución, el Alto Tribunal destaca que la comunicación de la apertura del periodo de consultas debió ir acompañada de una memoria explicativa de las causas del despido colectivo, especificándolas, tal y como establece el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores.

En dicha memoria también se tiene que incluir el número y clasificación profesional de los afectados, los trabajadores empleados habitualmente en el último año, el periodo previsto para llevar a cabo los despidos y los criterios tenidos en cuenta para la designación de los perjudicados.

En este caso, no se llevó a cabo esa 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, tal y como establece la legislación.

La escasa documentación entregada por la empresa al inicio del periodo de consultas incluía una pretendida memoria que consistía en una pequeña descripción cronológica de su actividad en el mercado.

La memoria se refiere a unos anexos con unos supuestos detalles sobre el descenso de la facturación, pero el Alto Tribunal falla que tales anexos no existen, ni de la documentación entregada se colige falta

de producción, ausencia de trabajo o deudas inasumibles.

La empresa tampoco aportó las cuentas auditadas de los dos últimos ejercicios, ni las cuentas de pérdidas y ganancias abrevadas, ni el balance y estadio de cambios en el patrimonio neto abreviados. No se informó sobre la venta de bienes inmuebles de la empresa, ni se entregaron las cuentas de las otras sociedades que giran con el mismo logo.

Los representantes de los trabajadores no recibieron la carta del despido colectivo, procediendo la empresa a notificar su decisión por medio de cartas individuales.

El Tribunal Supremo rechaza que la sentencia del TSJ de Madrid vulnere la jurisprudencia en materia de grupos de empresas. El Alto Tribunal falla que ni siquiera es preciso acudir a la idea del grupo de empresas, por la confusión de plantillas palmaria. Así, se había abierto una cuenta corriente aparte para facturar, ya que la cuenta de la empresa estaba intervenida por Hacienda. Esta empresa, creada ficticia e instrumentalmente, sin trabajadores, sustento o actividad real, tenía una única finalidad -la de facturación-, que la realizaban los trabajadores de "Talleres López Gallego"."

3. He repasado mis comentarios a las sentencias dictadas por los TSJ y la Audiencia Nacional desde la primera dictada por el TSJ de Cataluña, comentarios que inicié cuando no era consciente de la importancia que iban a tener las resoluciones judiciales en materia de ERES (y la carga de trabajo que iba a significar para mí), dada la judicialización de los conflictos laborales ante la desaparición de la autorización administrativa laboral. Reproduzco ahora, ligeramente retocado, aquelloque dije al comentar la sentencia del TSJ de Madrid: "La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de mayo declara la nulidad del despido colectivo efectuado,

alegando entre otros motivos el incumplimiento por la empresa de la documentación que debe presentarse, ya que "la empresa no ha cumplido en forma alguna con el procedimiento exigible: a) por notable insuficiencia de la memoria explicativa tanto en sus causas como en la exposición de la situación que la justifica, limitándose a una mera alegación y descripción general; y b) por falta de acompañamiento de la documentación obligatoria que a la misma debe acompañar en orden a acreditar la razonabilidad de una decisión tan drástica como es el cese de la totalidad de la plantilla de la empresa". Es importante destacar que además de la normativa estatal y europea hay también referencias al RD 801/2011 y al Convenio número158 de la OIT sobre extinción de la relación de trabajo por iniciativa del empleador. Dicho sea incidentalmente, también debe destacarse la crítica jurídica de la sentencia sobre la falta de actitud negociadora por parte de la empresa, ya que "quien se acerca a la mesa de consultas de un expediente de regulación de empleo con una única posibilidad sobre la mesa, la suya, no negocia, porque no intercambia valor alguno, ni efectúa concesiones ni ofrece opciones".

4. ¿Qué puedo añadir de la sentencia del TS que no quede ya totalmente reflejado en la nota de prensa del PJ o en la síntesis que efectué de la sentencia del TSJ de Madrid? En primer lugar, que los tribunales "no entorpecen" la aplicación de la reforma laboral, de esta o de cualquier otra, si aplican correctamente las normas aprobadas por el legislador, y eso es lo que hizo en primera instancia el TSJ de Madrid y ahora ha ratificado el TS, es decir han aplicado aquello que disponía la normativa vigente en el momento de presentación del ERE por parte de la empresa, recogido en el artículo 51.2 de la Ley del Estatuto de los trabajadores y en el Real Decreto 801/2011 de 10 de junio. En segundo término, que la sentencia del TSJ de Madrid es muy detallada y pone de manifiesto, en los hechos probados, el cúmulo de irregularidades en que incurrió la empresa con ocasión de la presentación del ERE, irregularidades de carácter formal (no presentación de documentos a los que estaba obligada y cuya falta lleva aparejada la declaración de nulidad) y también de carácter sustantivo (falta de voluntad negociadora durante la tramitación del período de consultas con los representantes de los trabajadores); en tercer lugar, que tras la lectura de la sentencia del TS no parece que los recursos de casación interpuesto por las empresas condenadas tuvieran la entidad jurídica suficiente (más bien diría todo lo contrario) para que el alto tribunal rectificara total o parcialmente los criterios del TSJ de Madrid.

5. Pero, en fin, no estará de más, realizar un breve repaso del contenido de los fundamentos de derecho de la sentencia del TS, que no creo que sea precisamente la más complicada jurídicamente que deba dictar en los numerosos recursos de casación interpuestos contra las resoluciones de los TSJ y de la AN, y formulo esta afirmación, insisto, tanto por la calidad jurídica de la sentencia del TSJ de Madrid como por la muy mala presentación, en términos jurídicos, del ERE por la empresa y por la poca consistencia jurídica de los recursos de casación interpuestos contra la misma.

A) El TS centra muy correctamente el debate en su primer fundamento de derecho: "La cuestión que ha de resolverse en el presente recurso de casación consiste en determinar si los 28 despidos efectuados por una de las empresa demandadas y llevados a cabo al amparo de lo previsto en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores -en la redacción dada por el RDL 3/2012- por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, resultan ajustados de derecho y, en caso de responderse negativamente a esa cuestión, corresponderá determinar la posible extensión de las responsabilidades que de ello se deriven a las empresas demandadas como integrantes de un grupo a efectos laborales". Es decir, determinar si se produjeron esos graves incumplimientos formales que determinaron la nulidad a juicio del TSJ de Madrid, y si estábamos en presencia de un grupo de empresas a efectos laborales y por consiguiente la asunción por todas ellas y de forma solidaria de las responsabilidades jurídicas derivadas de la resolución judicial.

B) El primer recurso de casación alega "aplicación indebida por parte de la sentencia recurrida de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, sobre los grupos de empresa y confusión de plantillas", y también que ésta vulnera "el artículo 97.2 LRJS, por ausencia de motivación suficiente que le ha producido indefensión (art. 24 CE)". El TS resuelve de forma clara y contundente, tanto en este como en el segundo recurso, sobre la posible modificación de hechos probados que pudiera llevar, en su caso, a un cambio de criterio jurídico en cuanto al fondo de litigio, y afirma con rotundidad que "no hay un solo motivo de casación hábilmente formulado que permita la modificación de los hechos probados de la sentencia de instancia, de manera que es absolutamente necesario partir de ellos para resolver cualquier problema jurídico que ahora en casación se nos quiera plantear".

En este primer recurso el eje central del recurrente es la alegación de la aplicación indebida por el TSJ de Madrid de la doctrina del TS sobre el concepto de grupo de empresas a efectos laborales y sus consiguientes responsabilidades, tesis rechazada de plano tras proceder a recordar cuál es dicha doctrina y recordar que los requisitos requeridos para su determinación (que ya he estudiado con atención en otras entradas del blog) no necesariamente tienen que aparecer de forma total y absolutamente unidos para que pueda considerarse la existencia de tal grupo, y que hay que atender a la situación jurídica concreta de cada caso analizado para dar una respuesta, mucho más cuando, como en este litigio, se trata de nueve empresas. La existencia es muy clara a juicio del TS en el litigio enjuiciado por una serie de datos, recogidos en los hechos probados, que no dejan lugar a dudas a su juicio sobre la voluntad de ocultación de ese entramado laboral, cuando la empresa ahora recurrente "no tenía en plantilla un solo trabajador" y que "fue constituida como empresa meramente instrumental con el objetivo de eludir que .... facturase sus ventas a los clientes de forma directa..", afirmando con rotundidad que "no cabe situación más clara de confusión de plantillas que el hecho de no tener Nivotrol trabajadores, de forma que las únicas actividades que llevaba a cabo -facturación fundamentalmente- las realizaba con personal de Talleres López Gallego. Además, por esa misma razón de una confusión de plantillas tan palmaria como la que se ha descrito, ni siquiera sería preciso acudir a la idea de grupo de empresas, porque los trabajadores realmente son también parte de la plantilla de la empresa Nivotrol y por ello solidariamente responsable de lo que suceda con las consecuencias jurídicas del despido practicado -aparentemente- sólo por Talleres López Gallego". Una responsabilidad solidaria que se extiende a todas las empresa demandadas porque, tal como se recoge en el fundamento de derecho cuarto recordando lo recogido en el hecho probado decimoséptimo de la sentencia de instancia "resulta extraordinariamente clarificador sobre la real confusión de única sede, teléfono, fax, actividad, patrimonio, dirección y plantilla que entre aquéllas, "Nivotrol, S.L." y "Talleres López Gallego, S.L." existía".

B) En cuanto al segundo recurso presentado se alega infracción del art. 51 de la LET ("sin especificar el número", apunta el TS) y error en la apreciación de la prueba (vid art. 207 de la LRJS sobre motivos del recurso de casación. "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"). Es decir, la recurrente trata de demostrar que sí cumplió los requisitos formales y sustantivos previstos en la normativa de aplicación y que, por consiguiente, su decisión era plenamente ajustada a derecho.

El TS recuerda en primer lugar cual era la normativa aplicable en el momento de presentación del ERE, en concreto el art. 51.2 de la LET en la redacción dada por el RDL 3/2012, 124.9 de la LRJS y artículos 6 y 7 del RD 801/2011, aprovechando la Sala para dar un tirón de orejas jurídico al legislador (ya se lo habían dado algunos TSJ y también en sede doctrinal recuerdo las aportaciones del Magistrado Rafael López Parada recogidas en un artículo anterior de mi blog) sobre su falta de respeto al principio de jerarquía normativa al pretender que una Orden ministerial interpretara qué estaba en vigor y qué había sido derogado del citado RD tras la entrada en vigor del RDL 3/2012, afirmando con rotundidad que para aplicar los artículos 6 y 7 del RD 801/2001 podía realizarse dicha aplicación "prescindiendo completamente de lo que pudiese establecer la Orden ESS/487/2012, de 8 de marzo (BOE de 13 de marzo), sobre la vigencia transitoria de determinados artículos de aquél Reglamento, peculiar y anómala disposición que por su ínfimo rango nunca podría condicionar la aplicación, alcance o interpretación del RDL 3/2012, o la vigencia y extensión del RD 801/2011".

El TS analiza con detalle la normativa citada en cuanto a la documentación que estaba obligada la empresa a presentar con ocasión del inicio de la tramitación del ERE y presta especial atención al concepto de "memoria explicativa de las causas de despido colectivo", y en este caso concreto a la documentación que se requiere presentar cuando se alega la existencia de causas económicas, y resalta, por si hubiera alguna duda, que la empresa que presentó el ERE infringió palmariamente la normativa legal y reglamentaria, tanto porque en la memoria, de sólo tres folios, se expone que en los anexos se adjunta los detalles de facturación que permitirían justificar el descenso de la facturación que llevó a la presentación del ERE, cuando no existen dichos anexos; además, el TS confirma la argumentación del TSJ de Madrid de que de la escasa documentación presentada como anexo a la memoria, no cabía deducir racionalmente "la reducción, o, mejor dicho, la falta de producción, la ausencia total de trabajo o la existencia de deudas inasumibles".

C) Es a continuación y en el mismo fundamento jurídico cuarto, cuando el TS ya sienta doctrina de general aplicación a todos los litigios que se planteen en materia de ERES, respecto a la finalidad de la entrega de la documentación prevista en la normativa y que es, justamente, la de poder negociar durante el período de consultas y poder alcanzar, en su caso, acuerdos que atenúen las consecuencias de los despidos, siendo importante resaltar a mi parecer la referencia a la normativa de la UE, la Directiva de 1998 sobre despidos colectivos y su plena incorporación al ordenamiento jurídico interno. Por su interés, reproduzco un párrafo del citado fundamento jurídico: "la principal finalidad del precepto es la de que los representantes de los trabajadores tengan una información suficientemente expresiva para conocer las causas de los despidos y poder afrontar el periodo de consultas adecuadamente. En este sentido se orienta el artículo 2.3 de la

Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, para que ése periodo de consultas a que se refiere el artículo 2.1, se proyecte, tal y como expresa el articulo 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".

Dado que esa finalidad no se ha cumplido en modo alguno en el litigio examinado, dada la falta de documentación aportada por la empresa y a la que estaba obligada, el TS confirma la nulidad de la decisión empresarial "teniendo en cuenta la relevancia de los incumplimientos examinados en relación con la aportación de la mínima documentación exigible", y además porque el hecho de no facilitar esa información, y la postura inflexible de la empresa durante el período de consultas, viciado ab initio, repito, por los incumplimientos empresariales, implicaron para el TS, y aquí también sienta doctrina de especial interés para posteriores resoluciones judiciales, "privó realmente de contenido al legalmente exigible periodo de consultas y le otorgaron la condición de lo que la sentencia recurrida califica por parte de la empresa de mera intención de cumplimentar un trámite formal".

D) Por último, el TS debe pronunciarse sobre el posible error en la apreciación de la prueba por parte del TSJ de Madrid, ya que la recurrente alega que no se ajusta a derecho el reconocimiento en instancia de la condición de un grupo de empresas laborales; pero claro está, para intentar demostrar su tesis debería trata de aportar las pruebas que permitieran modificar los hechos probados, y el TS critica que el recurrente "no propone, como es preceptivo hacerlo, la indicación de los que, en su opinión, han de ser redactados de nuevo, completados, añadidos o eliminados, con base en las concretas pruebas documentales que obren en autos".

Tras recordar la doctrina de la Sala sobre el error en la apreciación de la prueba y los requisitos que debe cumplir el recurso para que pueda apreciarse el mismo, afirma nuevamente con rotundidad que no existe "atisbo alguno" en el recurso que pretenda valorar la prueba en los términos pretendidos por la recurrente, y que sólo hay una discrepancia "sobre la forma en que lo ha hecho la sentencia recurrida". Por consiguiente, no hay argumento alguno que lleve a estimar el recurso en este punto (ni en ningún otro, añado) sobre la responsabilidad solidaria de las empresas demandadas, dada la "declaración que lleva a cabo, de manera detallada y plenamente razonada, la sentencia recurrida sobre la existencia del grupo de empresas como responsables solidarias por extensión de las responsabilidades derivadas del despido colectivo", recordando el TS que la sentencia recurrida había apreciado plenamente, a partir de los hechos probados, "la confusión de plantillas o el uso abusivo de la personalidad diferenciadas" como elementos que contribuían a demostrar la existencia del grupo de empresas a efectos laborales. En cuanto que todas las empresas demandadas, y condenadas, han de asumir la posición de empleador, ello tiene efectos prácticos relevantes, tal como destaca el informe del gabinete jurídico de CC OO, "a la hora de exigir las responsabilidades que se puedan derivar del despido, sobre todo en el pago de los salarios de tramitación, o incluso las indemnizaciones, si finalmente la readmisión obligatoria resultara imposible".

### *2.1.2. Comentario de la segunda sentencia del Tribunal Supremo, dictada el 27 de mayo de 2013, sobre Expedientes de Regulación de Empleo tras la reforma laboral*

1. La Sala se pronuncia en esta sentencia, y ya adelanto que desestima, acogiendo el parecer del Ministerio Fiscal, el recurso de casación interpuesto por CC OO de Galicia contra la sentencia dictada el 6 de julio de 2012 por el TSJ de dicha Comunidad Autónoma y que había igualmente desestimado la demanda interpuesta por el sindicato frente a Aserpal SA, Industrias Losan SA y el FOGASA.

2. La sentencia del TSJ de Galicia fue objeto de análisis crítico por mi parte en una entradapublicada en agosto de 2012, de la que recupero los contenidos que considero más relevantes.

"La sentencia tiene algunas características que la diferencian jurídicamente de todas las analizadas con anterioridad y también de las que he examinado en anteriores entradas del blog. En primer lugar, sólo existe una mención muy escueta a la Directiva de 1998 sobre despidos colectivos y ninguna al

Convenio número 158 de la OIT sobre terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, y además la mención de la primera norma es casi, o así me lo parece, para justificar que aquello que regula, concretamente el período de consultas, ya está recogido en el marco normativo vigente, el de la reforma laboral, de la LET, y que hay que trabajar con la norma española que ya ha incorporado la normativa europea. A diferencia de varias de las sentencias anteriores no se enfatiza, mejor dicho no se dice nada, sobre la importancia que la normativa europea confiere al período de consultas como instrumento de participación y negociación de la representación de los trabajadores, y la importancia de que se cumpla fielmente lo fijado en el mismo para respetar el "efecto útil" de las Directivas. Con respecto al Convenio nº 158 de la OIT, queda dicho que es desconocido por la sentencia, o por decirlo en términos más jurídicos habrá que pensar que la Sala habrá considerado que no era necesaria ni su referencia, ni su aplicación, al supuestos enjuiciado.

En segundo lugar, aquello que vale para la Sala es el artículo 51 de la LET en la redacción del RDL 3/2012 y no el RD 801/2011, ni siquiera con la interpretación efectuada por la Orden ESS/487/2012 para determinar o concretar qué preceptos, y con qué contenido, mantiene su vigencia. La tesis de la Sala es que el RD 801/2011se dictó en un marco jurídico distinto del actual (antes, autorización de la autoridad administrativa, ahora decisión de la empresa con posterior control judicial) y que ya no puede ser de aplicación ni siquiera con las "modificaciones" de la Orden. Sorprende esta argumentación de la Sala porque a mi parecer, y mucho más tras las modificaciones incorporadas en el artículo 51 de la LET por la Ley 3/2012, buena parte del RD 801/2011 es perfectamente integrable con lo dispuesto primero en el RDL y ahora en la Ley con respecto a cómo debe desarrollarse, y con qué contenidos el período de consultas.

Además, la tesis de la Sala no podrá ser de aplicación una vez que se apruebe el RD que derogue el de 2011, ya que buena parte de su contenido será sensiblemente semejante al que derogará si nos hemos de atener a los dos borradores que he consultado. O dicho en otros términos, la Sala deberá aplicar, sin duda, el artículo 51 reformado, pero con las

modificaciones importantes incorporadas en la Ley 3/2012 y aplicando el nuevo RD respecto a la concreción de los requisitos requeridos para el periodo de consultas, y deberá aplicarlo en la medida que desarrolle la Ley (y así parece que será).

No es casual, a mi parecer, el énfasis puesto por la Sala en la utilización del artículo 51 de la LET y no del RD 801/2011, así como también la inexistencia de utilización de la normativa europea e internacional en apoyo de sus tesis, ya que ello lleva a demandar un menor esfuerzo jurídico a la parte empresarial cuando presenta el ERE y la posibilidad de subsanar o ampliar argumentos en el período de consultas, realizando una determinada interpretación de este período que no es a mi parecer la que se deduce claramente de la Directiva de la UE y del nuevo texto del artículo 51 en la Ley 3/2012.

Para tratar de defender su tesis de la mayor flexibilidad para la parte empresarial, que está claramente latente en toda la sentencia, la Sala aduce que las exigencias de comunicación no son las mismas en un despido objetivo individual que en un despido colectivo, ya que en el primero "se exige la notificación precisa de las causas para que el trabajador pueda elaborar su defensa, mientras que en el colectivo lo que se comunica es la apertura del período de consultas, en el que caben todo tipo de subsanaciones y precisiones, de las que además resulta garante la autoridad laboral". Me pregunto cuál es el parecer de la Sala sobre los requisitos que debe cumplir la empresa en la documentación a presentar para debatir en el período de consultas, y si cree que con "la apertura" del período ya está cumplido el expediente, y desde el plano estrictamente legal la respuesta la han dado en numerosas sentencias, y no sólo en las posteriores a la reforma laboral, el Tribunal de Justicia de la UE y los tribunales españoles, ya que para debatir, hablar, negociar,… es necesario de entrada tener conocimiento de aquello que se plantea por la empresa, con independencia, ciertamente, de que sus tesis, y también las de los representantes de los trabajadores, puedan variar durante las consultas ya que es precisamente para ello que se ha instituido este período de tiempo.

Nos quedamos sin saber, por cierto, los lectores de la sentencia, cuáles han sido los criterios utilizados por la empresa para seleccionar a los trabajadores despedidos, ya que no hay información al respecto en los hechos probados, y en el fundamento jurídico quinto, al responder la petición de la parte

demandante sobre nulidad de los despidos por no constar los criterios utilizados, se despacha la cuestión de que "aquellos vienen incluidos en la obligada memoria, dentro de los conceptos de cualificación y polivalencia, y han sido explicados a lo largo de la negociación a los interlocutores sociales, lo que lleva a concluir que tal requisito se ha cumplido". Hubiera sido interesante, cuando menos, que en los hechos probados hubiera habido alguna mención de esos criterios, y también de qué explicación realizó la empresa, según las actas de las reuniones, sobre los conceptos genéricos de cualificación y polivalencia para fundamentar su decisión, pero nada de ello hay en la sentencia.

Por último, la Sala debe pronunciarse sobre la existencia de la causa legal alegada en la comunicación de la empresa, y para defender la misma se remite en primer lugar a su sentencia de 26 de septiembre de 2011 y a la doctrina del TS contenida en la misma sobre la necesidad de acreditar la razonabilidad "mínima" de la medida. Una vez recordado el criterio de la STS de 11 de junio de 2008 de que basta con acreditar la existencia de pérdidas continuadas (y no necesariamente cuantiosas) quedando la

empresa excusada de probar que la extinción del contrato de trabajo contribuye a la superación de situaciones económicas negativas…" y que las referencias anteriores se refieren a la regulación normativa anterior a la reforma laboral de 2012, la Sala concluye que la redacción actual del artículo 51 de la LET "es sustancialmente más permisiva", y por ello, en una frase que tanto es válida para el caso enjuiciado como a modo de obiter dicta para que los demandantes en futuros conflictos de ERES sepan a qué atenerse cuando interpongan las demandas, manifiesta que "no corresponde al juzgador enmendar o corregir lo decidido por el legislador, sino aplicar en su medida la norma establecida…. ".

Me pregunto si la Sala considera que aquello que han hecho los TSJ de Cataluña y Madrid hasta ahora, y la Sala de lo Social de la AN, es "enmendar o corregir lo decidido por el legislador", y como no puedo responder por ellos sí doy mi parecer: todos los tribunales aplican e interpretan las normas, porque esa es su función, y tratan de hacerlo, estoy seguro de ello, con estricto respecto a los derechos, principios y valores que están presente en nuestra Constitución, entre ellos, y señaladamente, el derecho al trabajo en el artículo 35.1, el de la tutela judicial efectiva del art. 24, y tratan de cumplir escrupulosamente con la obligación impuesta a los poderes públicos por el artículo 9.2 de remover los obstáculos existentes para que la igualdad de las personas sea real y no formal".

3. La sentencia del TS, que recoge con detalle los hechos probados de la sentencia de instancia en su cuarto antecedente de hecho, debe pronunciarse sobre el recurso de casación interpuesto, al amparo del art. 207 e) de la Ley reguladora de la jurisdicción social ("Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate"). Los preceptos legales que la parte recurrente considera infringidos son el art. 51 de la Ley del Estatuto de los trabajadores ("Despido colectivo") y los arts. 6 ("documentación en los despidos colectivos por causas económicas") 8 ("documentación común a todos los procedimientos de regulación de empleo") y 11 ("período de consultas") del Real Decreto 801/2011 (norma vigente en el momento de la presentación del ERE). Más concretamente, se alega la existencia de defectos en la tramitación del ERE y falta de voluntad negociadora por parte empresarial, así como también infracción por parte de la sentencia de instancia "de la jurisprudencia aplicable a Grupo de empresa".

A) El fundamento de derecho primero reproduce de forma sintética la argumentación plasmada por la parte recurrente en el recurso de casación interpuesto, pasando ya en el segundo a examinar, analizar y pronunciarse sobre las alegaciones de aquella, siendo la primera cuestión que aborda, en cuanto que hay divergencia entre la sentencia recurrida y el recurso, la de saber y determinar "qué documentación precisamente ha de acompañar al escrito por el que se comunica la apertura del citado trámite consultivo". En este punto, la Sala repasa en qué términos se pronunciaba el RDL 3/2012 ("memoria explicativa") y los cambios operados por la Ley 3/2012("toda la información necesaria para acreditar las causas motivadoras del despido colectivo en los términos que reglamentariamente se determinen"), fijando después su atención en la redacción del art. 6 del RD 801/2011 y la documentación que está obligada la empresa a presentar cuando se trate de un despido colectivo por causas económicas, al tiempo que pone de manifiesto que la redacción en este apartado es idéntica a la de la norma que sustituyó a la ahora comentada, que fue el RD 1483/2012, art. 4. Igualmente, fija su atención en la

disposición derogatoria única del RDL 3/2012 (no se olvide que esta era la norma aplicable en el litigio del que conoció el TSJ), y por último hace mención a la Orden "interpretativa" o "de aclaración" (pongan aquí su consideración jurídica) del RD 801/2011, la Orden ESS/487/2012.

¿Qué me interesa destacar ahora de la sentencia del TS? Que la Sala va más lejos de la crítica formulada por el TSJ a la Orden ESS/487/2012, que calificó de "dudosa obligatoriedad", y la considera como de "absoluta ineficacia normativa" por vulnerar el art. 12 de la Ley de organización y funcionamiento de la Administración del Estado y el art. 23.3. 2º de la Ley del Gobierno, entendiendo que no tenia habilitación para decidir sobre qué preceptos del RD 801/2011 podían seguir estando en vigor tras la aprobación del RDL 3/2012, ya que la concreta habilitación que se contenía en la disposición final del RD 801/2011 no habilitaba en modo alguno para ese "desarrollo", "ni podía válidamente determinar la vigencia de tales normas, por ser ésta una cuestión interpretativa de competencia exclusiva de los Tribunales".

No obstante esta ineficacia normativa de la Orden, la Sala estima que el art. 6 del RD 801/2011 era de aplicación al caso enjuiciado, ya que no había una derogación expresa en el RDL 3/2012, y su texto no se oponía a la redacción del art. 51.2 LET (divergencia, pues, con la tesis del TSJ) y refuerza su argumentación, que considero acertada, con los cambios experimentados en la redacción del RDL 3/2012 por la Ley 3/2012, y por el hecho de que el RD 1483/2012 haya mantenido las exigencias requeridas por el RD 801/2001, además de la tesis ya más concreta, y con un contenido que la acerca, aún sin citarla, a la Directiva de 1998 sobre despidos colectivos, de que "son inimaginables un cabal informe de la Inspección de Trabajo sobre la concurrencia de las causas y también la negociación de buena fe dirigida a «las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias» [previsiones de la norma], sin una información suficiente sobre la situación contable de la empresa".

Argumentación del TS que, dicho sea incidentalmente, refuerza a mi parecer la importancia de la actuación da ITSS y más concretamente del informe que debe emitir, y que enfatiza la importancia de disponer de una información económica adecuada y suficiente para poder entrar a debate sobre la causa alegada.

Por otra parte, la confirmación por el TS de la vigencia del art. 6 del RD 801/2011, ya apuntada en la sentencia de20 de marzo aunque con menor intensidad, lleva lógicamente a rechazar la argumentación contenida en la sentencia de instancia para justificar su inaplicación, poniendo de manifiesto el TS, con acierto a mi parecer, "la inconsistencia del argumento de instancia relativo a que el inicial destinatario del primero de los Reglamentos [Autoridad laboral] lo hace inaplicable por parte de los órganos judiciales que asumieron la competencia de los despidos colectivos tras el RD-Ley 3/2011"(sic).

B) La Sala procede a continuación al análisis de la alegación sobre los defectos presuntamente existentes en el expediente tramitado. La limitación del recurso de casación en cuanto a revisión de hechos probados (art. 207 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", aún cuando

este precepto no ha sido alegado por la recurrente) lleva a la Sala a rechazar que se haya incumplido la normativa en punto a la determinación, y selección, de los trabajadores afectados por el ERE, ya que no se ha producido revisión de las declaraciones fácticas contenidas en la sentencia de instancia, por lo que el recurso no puede estimarse, entiende la Sala por incurrir a su parecer, con citas de varias sentencias de la propia Sala, "en el rechazable vicio procesal de la llamada «petición de principio» o «hacer supuesto de la cuestión», que se produce cuando se parte de premisas fácticas distintas a las de la resolución recurrida".

El rechazo también se manifiesta con respecto a la alegación de falta de buena fe negocial, concepto que la Sala considera recogido con carácter muy general y sin mayor concreción, y así es en efecto, en el art. 51.2 de la LET, y que considera que debe ser integrado, a efectos de su adecuada configuración, entendiendo que la citada previsión legal "no parece sino una mera especificación del deber general de buena fe que corresponde al contrato de trabajo (como a todo contrato: art. 1258 CC)", buena fe que

por otra parte también queda recogida de forma expresa en el art. 89.1 de la LET en cuanto a las obligaciones de las partes durante el proceso negociador de un convenio colectivo estatutario.

El argumento de la Sala para el rechazo es sustancialmente idéntico al expuesto más arriba, esto es que considera que la recurrente formula determinadas manifestaciones que suponen una revisión fáctica de la sentencia de instancia que no procede, en cuanto que no han quedado desvirtuados los hechos probados recogidos en la misma y que al parecer del TSJ gallego acreditaron que se había producido un proceso negociador adecuado a derecho. Además, y supongo que a modo de refuerzo de la tesis del TSJ y que también refuerza el rechazo del TS, la Sala extrae de los hechos probados de la sentencia de instancia dos "consideraciones" en apoyo de su tesis: la propuesta empresarial durante el período de consultas de reducción de la jornada en un 30 %, antes de proceder al despido, con rechazo por parte de los trabajadores, y que el ERE fue presentado inicialmente para 15 trabajadores y finalmente afectó a 11.

Queda para debate, en este caso y en la mayor parte de los que últimamente se están planteando ante los tribunales, si estamos en presencia de datos que refuerzan, tal es la tesis del TS, la "buena fe" o "voluntad negociadora" de la parte demandada, o más bien son fruto de una estrategia empresarial de gestión del ERE y que va poniéndose en marcha a medida que avanza el período de consultas con la clara voluntad de poner de manifiesto (en el plano formal, ya que en el real habría que analizar caso por caso para dar la respuesta) que ha existido dicha voluntad.

C) Un segundo elemento que considero de especial interés en la sentencia ahora comentada versa sobre la importancia de los defectos formales que pueden producirse en la tramitación de un ERE y sus efectos jurídicos.

La Sala es antiformalista moderada en este punto, aceptando que la importancia de la prueba documental (añado yo ahora que con especial trascendencia en los despidos por causas económicas) es muy destacada, pero que la dicción literal del art. 6.2 del RD 801/2011, sustituido después pero con idéntica redacción por el RD 483/2012, que declara la nulidad de la decisión extintiva cuando no se haya entregado "la documentación prevista" (concretada en la norma reglamentaria, pero no con valor ad solemnitatem según la Sala) no debe llevar a dicha declaración en cualquier supuesto de incumplimiento de la norma, sino que de esta consecuencia del incumplimiento de la normativa, calificada de "drástica" por la Sala "han de excluirse –razonablemente– aquellos documentos que se revelen «intrascendentes» a los efectos que la norma persigue [proporcionar información que consienta una adecuada negociación en orden a la consecución de un posible acuerdo sobre los despidos y/o medidas paliativas: art. 51.2 ET]".

En apoyo de estas tesis de antiformalismo moderado, se acude a la normativa de procedimiento administrativo, como el art. 63.2 de la Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimientoadministrativo común ("No obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados"), y a la del procedimiento laboral, como el art. 207 c) de la LRJS (posibilidad de interponer recurso de casación 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, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte").

No creo, y discrepo de la sentencia, que este criterio ya se recogiera en la primera sentencia dictada por el TS en materia de ERE, de 20 de marzo, dado que en esta se apuntaba a la razón de ser del período de consultas, esto es disponer de la información adecuada para la negociación. El "pero" a la tesis de la Sala es que sitúa a los tribunales ante la necesidad de "descubrir" qué documentos no aportados son más o menos importantes para poder negociar, y también "cómo" deben actuar las partes en casos de falta de documentación, de tal manera que por esta vía adquiere aún sin cabe mayor importancia, no ya la documentación a presentar, sino las argumentaciones y alegaciones de las partes, y muy señaladamente las de la parte trabajadora, para poner de manifiesto la importancia, o no, de la documentación no presentada o que lo haya sido de forma insuficiente. Creo que en poco tiempo, permítanme el comentario a medio camino entre el tono jurídico y el social, será tan importante para

los negociadores el saber cómo defender sus posiciones en el período de consultas como el examen, análisis y crítica de los documentos aportados.

D) Llega el momento de adentrarse por la Sala en el examen concreto, una vez expuesta la argumentación teórica de carácter general, de la argumentación del recurso sobre la insuficiencia de información contable por parte de la empresa, con crítica al recurso en cuanto que no concreta qué documentos dejaron de aportarse sino que se remite a las críticas formuladas en este sentido en el Informe de la Inspección de Trabajo (muy poco tenido en consideración, ciertamente, por la sentencia de instancia).

Para la Sala, que recuerda que en los hechos probados de la sentencia de instancia, se puso de manifiesto la existencia de dos grupos de empresa, en el recurso presentado no se aportan argumentaciones que permitan entrar a analizar la presunta existencia de insuficiencia de información contable ni tampoco cuál sería la trascendencia de dichos defectos a efectos de la determinación de nulidad o no de la decisión empresarial, configurándose un recurso por infracción legal que queda "completamente indeterminada", y argumentando que tampoco del informe de la ITSS puede deducirse esta información.

La Sala no desconoce, número 4 del fundamento jurídico quinto, que pueda no haberse aportado algún documento financiero/contable por parte de la empresa que adoptó la decisión extintiva, o que haya defectos en los que sí se aportaron, pero considera que en ningún caso, y aplicando aquí la teoría general anteriormente construida, tales lagunas o defectos tendrían las "transcendencia suficiente" para provocar la nulidad por no haberse podido desarrollar correctamente el período de consultas, partiendo de los hechos probados, "tanto porque no habían obstado a que los representantes de los trabajadores tuviesen un conocimiento cabal de la situación que permitiese negociar adecuadamente la razonabilidad de las medida propuestas para hacer frente a la crisis económica, cuanto porque la propia parte social no les había atribuido la importancia exigible para que su ausencia o defecto en la presentación pudieran acarrear la nulidad de la medida empresarial que se impugna".

Nuevamente vuelvo a insistir en la importancia que la tesis del TS otorga a las argumentaciones de las partes durante el período de consultas, de tal manera que una mala gestión de ese período, y no ya de la existencia o no de documentos, puede llevar a la estimación o desestimación de la demanda. Obiter dicta, me parece importante que la Sala se refiere a la necesidad de la negociación adecuada de "la razonabilidad" (=causa) de las medidas propuestas por la empresa.

E) Despacha en doce líneas la Sala, y formula expresa manifestación de que la cuestión sólo merece una "mención aparte y escueta" la argumentación de que la empresa no había aportado la documentación que permitiera comparar la situación económica de los últimos tres trimestres con los del mismo período del año anterior, dado que sí se aportó toda la documentación contable de 2010 y 2011, y que tal requisito no se contempla en el art. 51.2 de la LET ni en el RD 801/2011, añadiendo que "que el referido periodo de tiempo se concibe por la norma no como necesario presupuesto del despido colectivo, sino como integrante de una de sus causas, la «disminución persistente» del nivel de ingresos o ventas [en autos se trata de pérdidas]". En efecto, el art. 51. 2 de la LET dispone que "En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior", pero no es menos cierto, en una interpretación integradora de la norma, que la situación negativa deberá producirse en el período anterior al que se presente el ERE, pues difícilmente cabe pensar que se evalúe la situación económica de la empresa en un momento ya más o menos lejano al de la presentación del ERE. Es por ello por lo que creo que la Sala sí afirma que se ha presentado una documentación que permite vincular la situación económica de la empresa a períodos inmediatamente anteriores a la presentación del ERE.

F) La Sala aborda a continuación si, una vez que ha quedado probado que la empresa para la que prestaban servicios los trabajadores y que procedió a la extinción de sus contratos aportó la documentación necesaria para la correcta realización del período de consultas, debía aportarse también la documentación de la empresa codemandada al que se atribuye por la recurrente la

condición de "empresa matriz" y que por consiguiente hubiera debido llevar a la declaración de nulidad del ERE por no haberse aportado toda

la documentación del grupo. Al citar sólo dos sentencias de TSJ en el recurso, al no producirse pues infracción de la jurisprudencia, la Sala advierte de que el recurso podría ya rechazarse en este punto, pero inmediatamente a continuación aduce, y creo que la Sala ha querido entrar en la cuestión por tratarse de una cuestión, los grupos de empresas, que califica de "importancia y complejidad", que el hecho de haberse aducido en el recurso infracción legal, junto con el complemento de "la doctrina indirecta de esta Sala sobre los grupos de empresas", que ciertamente existe ya que queda bien recogida en las dos sentencias aportadas de los TSJ de Madrid y Cataluña, va a permitirle "llevar a cabo un análisis más completo de la causa de impugnación que ahora abordamos"; y es muy amplio ciertamente porque ocupa un tercio de la sentencia. Y la pregunta que dejo formulada ahora es ¿modifica la Sala su doctrina sobre los grupos de empresas? Creo sinceramente que no, pero sí contribuye a reforzar algunos de los elementos recogidos en la doctrina anterior.

La lectura detenida de los fundamentos jurídicos séptimo a décimo me confirma la necesidad, cada vez mayor, de disponer de conocimiento de Derecho Mercantil para poder abordar la problemática de los despidos colectivos, así como también de las suspensiones contractuales y las reducciones de jornada, ya que buena parte de la argumentación de la Sala se dedica a una reflexión teórica sobre los conceptos de grupos de sociedades o grupos de empresas y distinción entre grupos mercantiles y laborales, algo que otra parte ha ido haciendo la jurisprudencia social del TS desde hace muchos años ante la inexistencia de normativa laboral que regule la cuestión.

La Sala procede en el fundamento jurídico séptimo a un cuidado repaso de la normativa societaria para poner de manifiesto la diferencia entre el concepto de grupo de sociedades en el ámbito mercantil, que pone el acento en la dirección unitaria, y el de grupo de empresas a efectos laborales, en el que "las dificultades probatorias y la seguridad jurídica excluyen la exigencia del ejercicio efectivo de la dirección unitaria y se satisfacen con la mera posibilidad de dicha dirección común, atendiendo a la existencia de control societario". A continuación, la Sala "recopila" su doctrina sobre los grupos de empresas y su consideración mercantil o laboral según que concurran o no determinados indicios para poder "levantar el velo", y expone todos los que califica de "criterios constantes de la Sala" para poder conceptuar a un grupo como laboral según que se den o no en el tráfico jurídico y que en síntesis son "a) Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo; b) Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, en favor de varias de las empresas del grupo; c) Creación de empresas aparentes sin sustento real, con las que se pretende la dispersión o elusión de responsabilidades laborales; y d) Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección". En fin, la Sala acude a la doctrina recogida en la sentencia de 20 de marzo, que reitera muchas anteriores, para poner de manifiesto la necesidad de abordar cada situación de forma concreta antes de poder estar en condiciones de dar una respuesta, ya que "«el concepto de grupo laboral de empresas y, especialmente, la determinación de la extensión de la responsabilidad de las empresas del grupo depende de cada una de las situaciones concretas que se deriven de la prueba que en cada caso se haya puesto de manifiesto y valorado, sin que se pueda llevar a cabo una relación numérica de requisitos cerrados para que pueda entenderse que existe esa extensión de responsabilidad. Entre otras cosas, porque en un entramado de … empresas …, la intensidad o la posición en relación de aquéllas con los trabajadores o con el grupo no es la misma".

No obstante, la Sala rectifica su doctrina respecto a la no equivalencia o identidad entre grupos mercantiles y laborales, por tener estos segundos un campo de aplicación normalmente más restringido que los primeros, y afirma que esta doctrina, insisto, ha de ser rectificada, "porque el concepto de «grupo de empresas» ha de ser –y es– el mismo en las distintas ramas del Ordenamiento jurídico, siquiera en sus diversos ámbitos –mercantil, fiscal, laboral– pueden producirse singulares consecuencias que están determinadas por diversas circunstancias añadidas; concretamente, como veremos, en el campo del Derecho del Trabajo es dable sostener una responsabilidad solidaria de las empresas integrantes del «grupo» cuando en el mismo concurran los factores adicionales que posteriormente referiremos". Más allá de la equiparación formal de conceptos, ampliando a efectos doctrinales el concepto de de grupo de empresas laboral, no alcanzo a ver en la sentencia otras

modificaciones de alcance sobre qué debe entenderse por grupo laboral, y repito que se trata de una cuestión compleja y en la que el parecer de los expertos en Derecho Societario será muy bien recibido.

Tras un extenso análisis teórico, la Sala se plantea el análisis concreto del art. 6 del RD 801/2011 (y en redacción idéntica el art. 4 del RD 1483/2012) sobre la obligación que se impone a la empresa dominante del grupo de aportar los documentos listados en tales preceptos. Recordemos que el art. 6.4 del RD 801/2011 disponía lo siguiente: "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".

En este punto, no parece, al menos en una primera lectura del texto, que la sentenciase aparte de los criterios jurisprudenciales hasta ahora expuestos en anteriores sentencias respecto a la denominada "responsabilidad del grupo" y más exactamente a la responsabilidad de la empresa matriz, en la que no concurre la condición de empresario de los trabajadores y con independencia de que hubiera sido ella la que adoptara la decisión de la empresa dominada. Para la Sala "Si la intención del legislador hubiese sido otra, en concreto la de establecer con carácter general la responsabilidad solidaria de las empresas del grupo e incluso tan sólo la de ampliar el ámbito a tener en cuenta en las extinciones por causas económicas [extendiéndolo a la totalidad del grupo o a la empresa matriz], esta importante consecuencia se habría establecido –razonablemente– con carácter expreso".

El fundamento jurídico noveno da respuesta concreta a la argumentación del recurrente respecto al desconocimiento por el TSJ de Galicia del concepto de grupo de empresas acuñado por el TS, y critica nuevamente el recurso en cuanto a su argumentación, o

mejor sería decir falta de ésta, al exponer que la naturaleza extraordinaria del recurso de casación "…comporta la cognición limitada a las infracciones legales que hayan sido alegadas por la parte recurrente, «y en la forma en que lo hayan sido», no pudiendo analizar cuestión diferente a las esgrimidas por las partes, a excepción de las materias de orden público y de derecho necesario". Pasa a continuación a examinar los argumentos aportados por el recurrente para defender la existencia del grupo de empresa laboral o patológico (concretadas en dirección única, trasvase comercial y existencia de vínculos comerciales, existencia de trabajadores que prestan servicios de forma indiferenciada para las dos empresas del que la parte recurrente califica como grupo, y sometimiento total en la toma de decisiones de una empresa a favor de la otra).

A partir de los hechos probados, la Sala concluye que al no haber sociedad dominante no hay obligación de presentar cuentas consolidadas, y tampoco otros documentos a los que se refiere el art. 6.4, en cuanto que no quedó acreditado en instancia que "las empresas tengan domicilio en territorio español, pertenezcan al mismo sector de actividad y que la solicitante … tenga saldo deudor con la codemandada … ". La Sala razona que las dos primeras, y cuarta alegaciones de la recurrente no aportan nada relevante para conceptuar la existencia no sólo de un grupo mercantil sino también laboral, no habiendo además quedado probado que hubiera saldos deudores entre las dos empresas; y respecto a la presunta prestación indistinta de trabajo para las dos empresas, no ha quedado rebatido el hecho probado de la sentencia de instancia que no lo consideró probado, por lo que no procede tomarlo en consideración.

5. En conclusión, y tras este detallado análisis de la sentencia para el concepto de grupo de empresas a efectos laborales y la separación de responsabilidad a estos efectos entre la empresa matriz y la empresa participada del grupo mercantil, la Sala concluye con la desestimación del recurso.

## 2.2. Despidos colectivos. Administraciones públicas y sector público.

### *2.2.1. ¿Recuperan los agentes locales de promoción de empleo andaluces la sonrisa? Sobre la declaración de nulidad de los despidos producidos en el Consorcio de unidades territoriales de empleo, desarrollo local y tecnológico de Sierra Morena. Notas a la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2014.*

**I. Introducción.**

Es objeto de atención la sentencia dictada el 17 de febrero por la Sala de loSocial del Tribunal Supremo, de la que ha sido ponente el magistrado Luis Fernando de Castro, que estima, en contra del criterio del Ministerio Fiscal, el recurso de casación interpuesto por la Unión General de Trabajadores contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia deAndalucía (sede Granada) dictada el 21 de febrero de 2013 en proceso de despido colectivo. El TS declara la nulidad de los despidos efectuados con efecto de 1 de octubre de 2012 y el derecho de los (12) trabajadores despedidos a reincorporarse a sus puestos de trabajo, con condena solidaria de todos los codemandados en la instancia, que fueron la Consejería de innovación, ciencia y empleo de la Junta de Andalucía, el Consorcio de unidades territoriales de empleo, desarrollo local y tecnológico de Sierra Morena, el Servicio Andaluz de Empleo, y los siguientes ayuntamientos en los que prestaban sus servicios los despedidos: Andújar, Arjona, Arjonilla, Cazailla, Escañuela, Espeluy, La Higuera, Lopera, Marmolejo, Porcuna y Villanueva de la Reina.

Antes de seguir con el comentario conviene efectuar una importante precisión jurídica: la sentencia de 17 de febrero es la primera de la que he tenido conocimiento sobre los recursos interpuestos contra varias sentencias que desestimaron despidos colectivos producidos en distintos consorcios, por lo que sin duda se habrán dictado ya, y notificado, otras sentencias que aún no he podido consultar y que habrán debido resolver las circunstancias particulares que se hayan producido en cada caso concreto enjuiciado en instancia por el TSJ. No obstante, y hasta donde mi conocimiento alcanza como pondré de manifiesto a continuación, la argumentación de prácticamente todas la sentencias dictadas por el TSJ de Andalucía en los despidos colectivos efectuados por los Consorcios, desde la primera de 12 de febrero de 2012, ha sido sustancialmente idéntica, con alegación de inexistencia de fraude de ley y de existencia de una sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del mismo tribunal autonómico que impedía la subrogación del Servicio Andaluz de Empleo (SAE) en los derechos y obligaciones de los trabajadores de los consorcios, sentencia que fue anulada por el TS en diciembre del pasado año (siguiendo la línea de anteriores sentencias). Si de la lectura de las sentencias que dicte el TS hay cambios o novedades importantes, jurídicamente hablando con respecto a la actual, así lo explicaré en el blog, pero de momento permítanme que presuma, iuris tantum, que la doctrina de la sentencia comentada en esta entrada será semejante a las de las restantes resoluciones judiciales ya dictadas o que se dicten.

**II. La doctrina de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía.**

La sentencia del TSJ autonómico de 21 de febrero no mereció un comentario concreto y específico en mi blog en el momento de dictarse, pero si lo merecieron otras dos sentencias de la Sala de lo Social autonómica con idéntico contenido y que por ello recupero ahora para que los lectores y lectoras del blog conozcan el parecer que me mereció en su momento la doctrina del TSJ, así como también para que tengan acceso a una parte de la información sobre los hechos probados que, por supuesto, se encuentra íntegramente recogida en la sentencia del TS.

"1. Sin prisas, y con bastante tranquilidad, el TSJ de Andalucía ha ido publicando en el CENDOJ las sentencias dictadas durante febrero y marzo de este año con ocasión de los expedientes de regulación de empleo presentados por los consorcios andaluces de unidades territoriales de empleo y desarrollo local y tecnológico (UTEDLT) para extinguir, por insuficiencia presupuestaria sobrevenida, los contratos de trabajo de los agentes locales de promoción de empleo (ALPES). Y digo que con bastante tranquilidad porque no ha sido hasta fechas bien recientes cuando se ha podido acceder a las mismas

Tuve conocimiento de la sentencia dictada el 12 defebrero por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede Granada) por la publicación de un buen resumen de la misma en algunos medios de comunicación, habiendo obtenido la información a través del Diario Ideal que publicaba la noticia con el siguiente titular: "El TSJA avala las razones de la Junta para presentar el ERE que afectó a los agentes locales de empleo de Granada. Se trata de la primera sentencia dictada en Andalucía sobre el conflicto

colectivo, que afecta en la Comunidad a los 95 consorcios". La sentencia fue muy criticada por el que fuera presidente del comité de empresa de los consorcios granadinos, Javier Jiménez, quien afirmaba, siempre según la noticia del diario, que no se habían tenido en cuenta por el TSJ "las "muchas irregularidades" alegadas por la parte trabajadora, y que la sentencia "parece hecha al dictado de la Junta de Andalucía". No obstante, no he podido leerla hasta fechas muy recientes, una vez que ya había tenido acceso a otras sentencias dictada por la sede de Sevilla del TSJ.

En efecto, la primera sentencia que leí con detenimiento para acercarme a la problemática de los ERES afectantes a los consorcios y a sus trabajadores fue la de 7 demarzo (Res. 805/2013), en la demanda interpuesta en proceso de despido colectivo por el Comité de Empresa del Consorcio UTEDLT de Aljarafe. Con prácticamente idéntico contenido en las argumentaciones jurídicas de la Sala, se han dictado también otras varias sentencias que han afectado a los restantes consorcios de la provincia, en fecha 7 de marzo (Res 806/2013, Res. 796/2013, Res. 795/2013), 14 de marzo (Res. 885/2013), y 20 de marzo (Res 943/2013).

2. Tomo como punto de referencia para mi explicación de aquello que puede afectar a todas las resoluciones judiciales la sentencia dictada por el TSJ de Andalucía de 12de febrero, de la que fue ponente el magistrado Fernando Oliet. La primera nota común de las citadas resoluciones se concentra en el hecho de la extinción de contratos de trabajos de los trabajadores de los consorcios como consecuencia de la insuficiencia presupuestaria sobrevenida para financiar los costes económicos derivada de la sustancial reducción de la partida presupuestaria estatal de las políticas activas de empleo en la Ley de Presupuestos Generales del Estado de 2012, publicada en el BOE de 30 de junio.

En el hecho probado decimocuarto de la sentencia, se expone que la partida presupuestaria propuesta para todos los consorcios andaluces en 2012 (incluidos los compromisos de carácter plurianual ya adquiridos de 2011) es de 8.976.714,78 euros, mientras que "lo asignado a la Comunidad Autónoma de Andalucía por la Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales de 24 de mayo de 2.012 es de 1.107.767 euros". La partida presupuestaria asignada por la Junta para cubrir los gastos de los consorcios en 2012 (Resolución de 24 de noviembre de 2011), cubría el período de 1 de julio de 2011 a 30 de junio de 2012, si bien constan resoluciones por las que se autorizaba partida presupuestaria para subvencionar gastos de personal de algunos consorcios durante el período comprendido entre el 1 de julio y el 30 de septiembre de 2.012. También queda constancia, una vez extinguidos los contratos de trabajo, de la concesión de subvenciones excepcionales (Resolución de 11 de diciembre de 2012) a los diferentes consorcios, por importe de 5.846.298,62 euros, destinados a "cubrir los gastos de su personal derivados de las indemnizaciones por extinción de los contratos laborales del personal de los consorcios".

En segundo término, estamos en presencia de entidades de derecho público, con personalidad jurídica propia, un total de 95 en todo el territorio andaluz, promovidas y participadas por la Consejería de Empleo a través del Servicio Andaluz de Empleo y por las entidades locales. Según consta en los Estatutos de tales Consorcios, sus funciones son "-Información y asesoramiento general sobre los programas y servicios de la Conserjería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo. -Promoción de proyectos en las zonas de influencia de los Consorcios. -Prospección y estudio de las necesidades de la zona, dirigido a la creación de puestos de trabajo. -Análisis del entorno socioeconómico periódico, para poder diseñar nuevas políticas de desarrollo local y de empleo. -Promoción del autoempleo, con servicio de atención personalizada. -Creación de empresas. -Dinamización y mejora de la competitividad de las Pymes en el territorio, teniendo presente las nuevas condiciones económicas en un entorno globalizado".

La financiación de los consorcios se realizaba (vid hecho probado séptimo) con recursos propios de la Junta, de la UE en virtud del programa operativo Fondo Social Europeo para Andalucía 2007-2013, y

recursos que provenían de otras AA.PP (MEySS) con carácter finalista, siendo justamente cubiertos a través de esta última vía los gastos de personal de los ALPES.

En fin, al margen de la tramitación de los ERES según las características de cada consorcio y su ámbito territorial, es cierto que se celebró una reunión que incluyó a todos los afectados en el territorio autonómico, celebrada el 11 de septiembre, con participación de los presidentes de los consorcios de cada provincia, del Director General de calidad de los servicios y programas para el empleo de la Junta, y por representantes (unitarios, sindicales y designados ad hoc) de los trabajadores de los consorcios de las ocho provincias.

3. Paso ahora al examen de los contenidos más concretos, aunque sin duda en más de una ocasión tendrán interés común para el mejor entendimiento del conflicto general, de las dos sentencias antes referenciadas.

A) En la sentencia del TSJ de 12 de febrero se plantean diferentes cuestiones que pueden afectar a la validez del ERE, tanto de forma como de fondo, en el bien entendido, como ya he indicado, que todas ellas serán desestimadas. Una primera alegación de la parte demandada versa sobre la necesidad de comparecencia en juicio, como sujetos legitimados pasivos, de los ayuntamientos participantes en los consorcios, dado que ellos eran los principales beneficiarios de la actividad de tales consorcios y que incluso podían suscitarse dudas de quien era el empresario real de los trabajadores afectados. La tesis es rechazada por la Sala por entender que la demanda se dirige contra corporaciones de derecho público (los consorcios) que según la normativa aplicable "tienen personalidad jurídica e independiente de las entidades que la conforman", con independencia de que el SAE y las entidades locales formen parte de las mismas y estén presentes en su consejo rector.

En segundo término, se debate sobre quién debe adoptar la decisión de extinguir los contratos (algo ya suscitado en otros ERES del sector público de los que me he ocupado en otras entradas del blog), si debe ser el consejo rector del consorcio o puede serlo su presidente (como ocurrió en el litigio ahora examinado), no aceptando la tesis de la parte demandante por considerar la Sala que de los Estatutos de los consorcios "no se desprende que la facultad de decidir la tenga el Consejo Rector y no el Presidente".

Una cuestión de mucha importancia, y que no está aun cerrada jurídicamente (hasta donde mi conocimiento alcanza) al estar pendiente recurso de casación ante el Tribunal Supremo, es la relativa a la previsión de subrogación del SAE en las relaciones jurídicas de los consorcios, una vez disueltos o extinguidos, y por consiguiente de la integración del personal de estos en su seno. Dicha previsión estaba recogida en la Ley 1/2011 de 17 de febrero, de reordenación del sectorpúblico de Andalucía, desarrollada por el Decreto 96/2011 de 19 de abril. La argumentación de la parte demandante es sintetizada por la Sala de la siguiente manera: "El motivo que precede se puede sintetizar indicando que la parte demandante, entiende que antes de la extinción de los contratos de trabajo del personal que prestaba sus servicios en los Consorcios, en base a la normativa que se esgrime, existía la obligación del Servicio Andaluz de Salud, de haberse subrogado en los derechos y obligaciones de aquellos trabajadores". Supongo que la referencia a la "Salud" es un lapsus de la sentencia y que debería decir "Empleo".

La Sala desestima la petición basándose en el hecho de que la previsión de subrogación (disposición adicional 2ª del Decreto 96/2011) fue declarada no conforme a derecho por sentencia del TSJ (C-A) de 15 de diciembre de 2011, así como también porque la subrogación corresponde ponerla en práctica por el Consejo Rector del consorcio y no por el SAE, y "no existiendo la disolución de los indicados consorcios, no concurre el básico y esencial requisitos para que se pueda producir la indicada subrogación".

Habrá que estar atentos a la sentencia del TS para saber cómo puede acabar este litigio, en el bien entendido que no debemos olvidar la sentencia dictada por la mismaSala C-A del TSJ de 14 de marzo que, tomando en consideración la sentencia del TS (C-A) de 21 de enero de 2013, acoge el recurso presentado por la Junta contra el auto del juzgado C-A núm. 3 de Sevilla de 9 de de noviembre de 2012 por el que se acordó "suspender la ejecutividad de las reglas 3ª y 4ª del protocolo de integración de personan en el Servicio Andaluz de Empleo publicado en BOJA nº 84 de 30.04.2011".

Sobre los defectos alegados en la tramitación del período de consultas, éstos versan sobre el desconocimiento de la representación de todos los trabajadores de los consorcios ostentada por el Comité de Empresa, la incorrecta composición de la comisión negociadora, el no agotamiento del período máximo de negociación (30 días), la falta de buena fe negocial por parte de la empresa al mantener su posición inicial durante todo el período, "lo que a juicio de la parte actora evidencia que la negociación no ha existido", y la no comunicación al comité de la decisión empresarial de extinción de los contratos en los términos a que está obligada la empresa por la normativa vigente. En fin, como cuestión también alegada, pero que a mi parecer requiere del planteamiento de conflictos individuales de cada afectado, se pone de manifiesto que no se entregó a los trabajadores despedidos la indemnización debida según los arts. 52 y 53 de la LET.

No tengo muy claro, tras leer el fundamento de derecho cuarto, que la Sala responda a todas las alegaciones de la parte demandante, pero en cualquier caso dejo constancia de su desestimación por entender que la entidad empleadora actuó correctamente al presentar un ERE para cada consorcio, con personalidad jurídica propia, aún cuando después aceptara la negociación con el citado comité y también con una representación ad hoc del consorcio en el que no había representación del personal (algo que no hubiera sido jurídicamente posible, y así se ha encargado de recordarlo en varias ocasiones la AN, si la representación la hubieran ostentado secciones sindicales, ya que asumen la de todos los trabajadores). Por otra parte, la Sala entiende que sí se ha aportado por la empresa toda la documentación económica que acredita la irregularidad presupuestaria sobrevenida como consecuencia de la drástica reducción de la partida presupuestaria estatal para políticas activas de empleo a gestionar por las Comunidades Autónomas, y que sí hubo propuestas diversas durante el período de consultas, tanto por parte de los consorcios que hicieron gestiones con los ayuntamientos para que asumieran a una parte de los afectados, como por la parte trabajadora que pidió su integración en el personal del SAE, algo a lo que no podía acceder la empresa en aquel momento en virtud de la suspensión de la normativa de aplicación.

No considera la Sala, y con dicción literal de la norma así es, que deba agotarse el período máximo de 30 días, si bien cabe plantear a mi parecer, a modo de obiter dicta, que el no cumplimiento de ese período puede provocar una declaración de nulidad del ERE cuando se constate la actuación vulneradora de la buena fe negocial.

Sobre la existencia de la causa económica, la financiación exclusivamente pública de tales consorcios, la reducción drástica de la partida finalista anteriormente aplicable para gastos de personal, y la imposibilidad manifiesta de los ayuntamientos para incorporar a sus plantillas al personal del consorcio, lleva a la Sala al convencimiento de que se ha producido la causa de extinción prevista en el art. 52 de la LET, incorporada tras la reforma laboral de 2012 ("e) En el caso de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados por las Administraciones Públicas mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista, por la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate. Cuando la extinción afecte a un número de trabajadores igual o superior al establecido en el artículo 51.1 de esta Ley se deberá seguir el procedimiento previsto en dicho artículo").

B) ¿Qué cabe añadir de la segunda sentencia referenciada, la del TSJ de Andalucía de 7 demarzo,de la que fue ponente el magistrado Luis Lozano? Pues que buena parte de los argumentos de la parte demandante son parecidos a los expuesto en la sentencia anterior, y que la Sala afirma de forma clara e indubitada, antes de analizarlos, que "Todas estas cuestiones serán respondidas a continuación, no sin advertir que ya han sido resueltas, en despidos colectivos acordados prácticamente en las mismas fechas de los trabajadores de otros Consorcios U.T.D.L.T.E. de otras provincias andaluzas, por sentencias de las Salas de lo Social del T.S.J. de Andalucía- Granada de 12 de febrero de 2013 , y del T.S.J de Andalucía-Málaga, de 27 de febrero de 2013 , y anunciar que, y anunciar que, ante la falta de nuevas razones que impongan llegar a otra solución, seguimos la ya adoptada por esas sentencias". Todas la demás sentencias citadas al inicio de esta entrada se ajustarán al mismo patrón en cuanto a la argumentación del TSJ.

La Sala reitera la tesis de la aceptación de una mínima superación del período máximo de duración del período de consultas valorando la complejidad del asunto, y pongo especial atención (con aviso a los sujetos negociadores) en el hecho de que dicha aceptación también se debe al hecho "de que el demandante no pusiera ningún obstáculo al señalamiento de la última reunión del período de consultas cuando se había excedido ese plazo máximo". También reitera las limitaciones, mucho mayores que en el sector privado, de las negociaciones para la parte empleadora en el sector público, concluyendo que no negociar sobre la petición de incremento de las indemnizaciones no implica vulneración de la buena fe negocial, y que "no puede apreciarse mala fe en quien por falta de autorización presupuestaria para realizar un mayor gasto, realiza la única oferta económica a la que ha sido autorizado, coincidente con la que legalmente corresponde, y que en todo caso supone una menor disposición de fondos públicos".

La tesis de la sentencia sobre la existencia de la causa económica se concreta con bastante más detalle que en la anteriormente examinada, poniéndose de manifiesto la importante reducción de las partidas presupuestaria destinadas a los consorcios, un 90 % de la estatal y también de la autonómica, añadiendo que "no se prevé aportación presupuestaria alguna en el anteproyecto de Presupuestos de la Junta de Andalucía con relación al año 2013, a la vista de las de carácter estatal efectuadas en el año anterior". La Sala responde a la argumentación de la parte demandante, que alega que el SAE disponía de recursos económicos para el mantenimiento de los contratos de los ALPES, llevando el terreno a un ámbito que ciertamente ha sido donde ha incidido, y mucho, la reforma laboral de 2012: "La interpretación propuesta por el demandante constituye en consecuencia la asunción del antiguo criterio interpretativo doctrinal y jurisprudencial en virtud del cual, dada la esencial unidad de la Administración Pública, no podría aducirse en ningún caso la existencia de un déficit presupuestario respecto de ninguno de sus organismos o dependencias integrantes. Ello sin embargo no es compatible con la actual regulación de la materia, que prevé expresamente dicha posibilidad del déficit presupuestario, y la facultad administrativa de verificar la extinción de los contratos del personal laboral a su servicio. La misma sin embargo aparece limitada a los supuestos en los que el desajuste sea sobrevenido y persistente (Disposición Adicional Vigésima del Estatuto de los Trabajadores), surgiendo un problema interpretativo sobre el significado y alcance de tales notas características, que excluirían su aplicación en caso de no concurrir". El debate no se plantea en este caso, al ostentar personalidad jurídica propia cada consorcio según sus Estatutos, con lo que la concurrencia de los requisitos legales para la presentación del ERE "puede ser examinada con carácter independiente de la situación presupuestaria de la Agencia o Consejería en la que aparezca orgánicamente integrado".

En fin, algo que no me gusta de esta sentencia es la mínima referencia normativa internacional y europea aplicable en materia de despidos. Porque, una cosa es que la Sala entienda que la decisión de la empresa es proporcional a la gravedad de la situación que debe adoptarse, de tal manera que la mínima disponibilidad de presupuesto haga inviable la continuidad de los consorcios y de los contratos de trabajo de su personal, y otra que se diga, y me parece bien, que ese principio de proporcionalidad debe seguir aplicándose de acuerdo a lo dispuesto en el convenio 158 de la OIT y la Directiva de 1998 sobre despidos colectivos. En cualquier caso, me quedo con la mención a la obligación de cumplir con ese requisito, algo negado en otras sentencia de TSJ y que ha merecido un análisis crítico por mi parte.

**III. La doctrina de la Sala Contencioso-Administrativa del TS.**

No ha sido la única ocasión en que los ALPES andaluces han merecido mi atención en el blog, ya que una importante sentencia del TS (C-A) de 2 de octubre me llevó a dedicar otra entrada en cuanto que aquella estimaba el recurso de UGT contra una sentencia del TSJ autonómico tomada como referencia para alegar por la Sala de lo Social la validez de los despidos colectivos efectuados por diversos Consorcios por imposibilidad de subrogación del SAE, y dicha sentencia del TS ha sido seguida por la ya citada de 30 de diciembre de 2013 con idéntico contenido. También reproduzco por su interés los aspectos más relevantes de mi comentario.

"1. Es objeto de comentario la reciente sentencia dictada el 2 de octubre por lasección séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TribunalSupremo, de la que ha sido ponente la magistrada Celsa Picó. Dicha sentencia estima el recurso interpuesto por la Junta de Andalucía contra la dictada

por el Tribunal Superior de Justicia de dicha Comunidad Autónoma de 20 de febrerode 2012, que declaró la nulidad de la Disposición Adicional Segunda del Decreto 96/2011 de 19 de abril, por el que se aprueban los estatutos del Servicio Andaluz de Empleo, "por vulneración de los Derechos Fundamentales garantizados en los artículo 14 y 23.2 de la Constitución Española". La sentencia ya se encuentra publicada en las redes sociales, por lo que mi análisis debe completarse con una cuidada y atenta lectura de la misma, y ha merecido una calurosa acogida por la federación de servicios públicos de la UGT andaluza, que afirma que "El Supremo avala lo defendido por UGT sobre la reordenación del sector público andaluz. El Supremo da "un varapalo" a los sindicatos corporativos y al PP al avalar, nuevamente, la legalidad de la reordenación del sector público andaluz".

La resolución judicial tiene además especial interés porque hay que relacionarla, en atención a los sujetos que afecta, con varias sentencias dictadas por las Salas de lo Social del TSJ autonómico en procesos por despidos colectivos derivados de la desaparición jurídica de las UTEDLT, todos ellas con fallo contrario a la petición de la parte trabajadora de nulidad de la decisión empresarial o subsidiariamente su condición de no ajustada a derecho.

2. Antes de seguir, pongamos un poco de orden y descifremos las siglas, algunas de ellas sólo conocedoras por las personas que trabajan, o trabajaban, en el ámbito de las políticas de empleo en Andalucía. Se trata de la Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo, y de los Consorcios Unidades Territoriales de Empleo y Desarrollo Local y Tecnológicos, ambos creados como entes de derecho público con personalidad jurídica propia, mientras que por otra parte encontramos a la Agencia del Servicio Andaluz de Empleo, Agencia de régimen especial de las previstas en el artículo 54.2.c) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de laJunta de Andalucía. Cabe recordar que el art. 65.1 de la citada ley dispone que las agencias administrativas son entidades públicas que se rigen por el Derecho Administrativo, "a las que se atribuye, en ejecución de programas específicos de la actividad de una Consejería, la realización de actividades de promoción, prestacionales, de gestión de servicios públicos y otras actividades administrativas". No creo, desgraciadamente, que sea necesario recordar que los ERES son los expedientes de regulación de empleo, aplicables al personal laboral tanto en el sector privado como en el público, pero en fin también dejo constancia de ello.

3. El interés de la sentencia del TS radica en el reconocimiento de la validez jurídica de la disposición impugnada ante el TSJ autonómico, y por consiguiente la validez de la normativa que regula la integración en la ASAE del personal laboral de la FAFFE y del personal de los consorcios UTELDT "tras la extinción de dichos consorcios". Conviene recordar que el gobierno autonómico justificóen su momento, en concreto en octubredel pasado año, la disolución de los consorcios porque el gobierno español había dejado de financiarlos de acuerdo a sus nuevas líneas de actuación en políticas activas de empleo.

Como consecuencia de la decisión de la Junta de la disolución, y posterior liquidación, de los Consorcios, acompañada de la tramitación de procedimientos de despidos colectivos que afectaron a los agentes locales de promoción de empleo (ALPES), en el momento actual todavía se encuentran los consorcios pendientes de definitiva liquidación a finales de octubre, algo que puede plantear cuestiones jurídicas interesantes sobre el mantenimiento del empleo del personal de los mismos, al menos de aquellos que no se hayan visto afectados por los ERES, aún cuando tampoco cabe descartar que se suscite otra interesante incidencia jurídica, cual es que, en caso de haberse interpuesto recursos de casación contra las sentencias de las salas de lo social del TSJ, el TS estimara los mismos y declarara la no conformidad a derecho de las decisiones de la Junta. ¿Pasarían entonces los trabajadores despedidos– subrayo que se trata de personal laboral -- a integrarse en la ASAE como consecuencia de la validez del marco jurídico de antes reseñado? Quizás estas reflexiones sólo sean meras disquisiciones jurídicas realizadas desde la tranquilidad de un despacho y sin disponer de todos los datos reales de cómo ha evolucionado la disolución y liquidación de los consorcios, pero me ha parecido que valía la pena realizarlas y someterlas al parecer de los lectores y lectoras del blog.

4. Conviene recordar que el origen del conflicto jurídico que ha llegado al TS se encuentra en laLey 1/2011 de 17 de febrero, de reordenación del sector público deAndalucía. y más concretamente en la

disposición adicional cuarta que regula el "régimen de integración del personal", que prevé la misma en el caso de extinción de entidades instrumentales públicas o privadas "en las que sea mayoritaria la representación y la participación directa o indirecta de la Administración de la Junta de Andalucía y sus agencias", pasando el personal afectado a formar parte de las agencias empresariales o de régimen especial "que asuman el objeto y fines de aquellas", remitiendo su concreción a un protocolo a aprobar por la Consejería competente y de acuerdo a las reglas generales que se enuncian en el precepto.

En desarrollo de ese precepto, el Decreto 96/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los Estatutos del Servicio Andaluz de Empleo incluye una disposición adicional segunda que regula, como ya he indicado, la integración del personal laboral de la FAFFE y del personal de los consorcios UTEDLT, "desde la fecha en que se produzca su disolución o extinción", con la condición de personal laboral de la ASAE, previendo la aplicación del art. 44 de la Ley del Estatuto de los trabajadores por tratarse, a juicio del gobierno autonómico, de una sucesión de empresas, subrogándose la ASAE en los derechos y obligaciones derivados de las normas convencionales y contratos de trabajo aplicables, y enfatizando, como ya se hacía en la disposición adicional cuarta de la Ley 1/2011 de 17 de febrero – y hago referencia a este apartado porque ha sido uno de los caballos de batalla del conflicto jurídico suscitado ante el TS --, que el acceso del nuevo personal laboral de la ASAE a la condición de personal funcionario o laboral de la Administración General de la Junta "sólo podrá efectuarse mediante la participación en las correspondientes pruebas selectivas de acceso libre convocadas en ejecución de las ofertas de empleo públicas".

5. Recordemos con brevedad que la sentencia de la sección primera de la Sala de lo C-A del TSJ andaluz de 20 de febrero de 2012 estimó el recurso interpuesto por dos asociaciones de empleados públicos, y por varios trabajadores. En el fundamento jurídico quinto se encuentra el núcleo duro de la sentencia: "Quinto.- Del examen de todo lo actuado en el actual litigio tanto en el expediente administrativo como en autos se desprende que el personal de la Agencia Servicio Andaluz de Empleo procedente de la Fundacion Andaluza Fondo de Formacion y Empleo y de los Consorcios UTEDLT que no había superado pruebas de ingreso para el acceso en el momento actual ha accedido directamente integrándose como empleados públicos bajo la consideración de personal laboral de la Administración General, y por tanto en el ámbito de aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público, art 8 EBEP , sin haber superado prueba alguna de acceso, con quiebra absoluta al principio de igualdad y vulnerando el derecho de acceso en condiciones de igualdad, conforme a los principios de publicidad, mérito y capacidad, establecido en la Constitución, susceptible de amparo y configurado legalmente en los artículos 55 y ss del Estatuto Básico del Empleado Público. A partir de lo cual, analizadas las alegaciones contradictorias de las partes litigantes, valorado todo lo anterior a la luz del criterio de la sana crítica en relación con lo establecido en la normativa vigente ya citada y visto lo informado por el Ministerio Fiscal, resulta obligado concluir en la necesaria estimación de las tesis impugnatorias de la parte actora contenidas en la pretensión subsidiaria del Recurso".

La Junta recurrió contra la sentencia con alegaciones varias que la sentencia del TS analiza con detalle y de la que extraigo aquellos elementos que me parecen más relevantes. En primer lugar, entiende el TS que no hay infracción del art. 88.1 de la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la jurisdicciónconcentencioso-administrativa, por efectuar diversas consideraciones y manifestaciones de naturaleza laboral, ya que la cuestión enjuiciada versa sobre las incidencias que afectan a una agencia pública en el contexto de la reordenación del sector público andaluz, y en cuanto que el Decreto 96/2011 se dicta por la Junta "en el ejercicio de sus potestades públicas y versa sobre la organización de su Administración", consiguientemente es susceptible de revisión "por los tribunales de lo contencioso-administrativo". Tampoco se acepta el recurso en cuanto a la pretendida falta de legitimación de los recurrentes ante el TSJ, ya que se trata de asociaciones de empleados públicos y personas que intervienen por sí mismas, siendo así que el Decreto impugnado afecta a una cuestión de su interés, ya que puede "afectar a su promoción profesional la integración del personal cuestionado – de la FUFFE y de los consorcios UTEDLT – en la Agencia del Servicio Andaluz de Empleo –".

Van a ser los argumentos expuestos en los motivos sexto, séptimo y octavo del recurso de la Junta los que van a prosperar y ser aceptados por el TS, siguiendo el parecer del Ministerio Fiscal, por entender que no se ha producido – a diferencia de la tesis de la sentencia ahora recurrida – vulneración alguna del principio general de igualdad recogido en el art. 14 de la Constitución, ni tampoco del concretado para el acceso al ámbito público en el art. 23.2, esto es "el derecho a acceder en condiciones de

igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes". No se ha producido esa pretendida vulneración porque el personal integrado en la ASEA ya tenía con anterioridad a esta decisión la consideración de empleado público, por resultar así de la aplicación del art. 2.1 (ámbito de aplicación), 8.1 (concepto y clases de empleados públicos), y disposición adicional primera (ámbito específico de aplicación) de la Ley 7/2007 de 12 de abril, del Estatuto Básicodel Empleado Público, ya que el personal integrado prestaba sus servicios para entes de derecho público y su personal laboral estaba sometido, pues, al EBEP, de tal manera que ni la Ley 1/2011, ni mucho menos el Decreto 96/2011, dictado en su desarrollo, han innovado o modificado el estatus jurídico de ese personal. Es decir, por seguir con el hilo de la sentencia, que el personal integrado es "sólo" empleado público de la ASAE, igual que ya lo era cuando prestaba servicios en la FUFFE y en los consorcios, y no es personal de la función pública de la Administración General de la Junta, ni tampoco laboral, pudiendo únicamente pasar a cualquiera de dichos estatus "si supera los correspondientes procesos selectivos". Parece que esta es la cuestión nuclear de la argumentación del TS, ya que poco después vuelve a insistir en la misma tesis para poner de manifiesto que lo único que ha cambiado con la integración es el sujeto empleador (antes eran la FUFFE y los Consorcios, mientras que ahora es la ASAE), "sin que por la integración controvertida pasen a formar parte ni de la función pública ni del personal laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía".

El debate jurídico se centra así, a juicio del TS, no en el acceso al empleo público, en cuanto que ya estaban en el mismo las personas integradas antes de la disolución y posterior liquidación de los dos entes instrumentales, sino en la limitación que de sus derechos a la promoción profesional, o lo que es lo mismo, a la ocupación de determinados puestos de trabajo, puede tener la norma impugnada, ya que de ser contraria la norma a derecho sí habría puestos de trabajo que podrían ser ocupados por quienes recurrieron ante el TSJ.

El TS entiende, con buen criterio a mi parecer, que se trata del debate sobre un derecho de configuración legal y sobre el que la administración tiene un amplio margen para su desarrollo, en cuanto que se trata de la organización de la carrera administrativa, y que la disposición adicional segunda del Decreto 96/2011, que únicamente se dicta en desarrollo de la Ley 1/2011, no provoca ninguna lesión "concreta y actual" del citado derecho a la promoción profesional, siendo así que pueden producirse, ciertamente, pero de forma "eventual y futura", y entonces será el momento de su alegación. En definitiva, el TS reitera su doctrina sentada en dos sentencias de 25 de marzo de este año, en términos semejantes a los que ahora acabo de exponer.

6. La consecuencia de la inexistencia de la vulneración del principio de igualdad, así como también del derecho de los recurrentes ante el TSJ a "acceder y permanecer promocionándose en el empleo público" lleva al TS a la estimación del recurso y a la anulación de la sentencia impugnada. Está por ver ahora, y aquí concluyo, cuál será la forma de actuar de la Junta respecto del personal de los consorcios afectados por los ERES y a los que me he referido, con varias dudas suscitadas, en una parte anterior de mi comentario".

**IV. La sentencia de la Sala de lo Social del TS de 17 de febrero de 2014.**

1. Voy a efectuar el comentario de los fundamentos jurídicos de la sentencia siguiendo el mismo orden que ha seguido el TS para dar respuesta a los motivos del recurso alegados por la parte recurrente, en el bien entendido que no lo será de todos, ya que la estimación del fraude de ley en la decisión empresarial llevará a la Sala a no necesitar

entrar en la infracción normativa denunciada por la recurrente al amparo del art. 207 c) de la LRJS, en concreto la vulneración del art. 51.1 de la LET del Estatuto de los trabajadores por no existir a su parecer causa económica que justificara los despidos de los ALPES ("la dotación presupuestaria para la financiación de estos programas no se ha suprimido sino sólo reducido; y no concurre la insuficiencia presupuestaria alegada si se está al déficit de la Junta de Andalucía en su conjunto"), ni tampoco causa económica ni organizativa que justificara el de los directores de los consorcios ("no sólo se dedicaban a la coordinación de los equipos de los ALPES, existiendo incluso Ayuntamientos en los que existen Directores sin ese personal". Fundamento Jurídico Segundo), y del art. 53.1 de la LET por no haberse puesto a disposición de los trabajadores despedidos la indemnización legalmente debida.

2. La Sala procede en primer lugar a examinar las infracciones procesales denunciadas por la recurrente, en concreto la incongruencia ex silentio y la infracción del principio de justicia rogada, con la vulneración de los arts. 216 ("Los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales") y 218 ("1. Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate") de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 97.2 de la LRJS ("2. La sentencia deberá expresar, dentro de los antecedentes de hecho, resumen suficiente de los que hayan sido objeto de debate en el proceso. Asimismo, y apreciando los elementos de convicción, declarará expresamente los hechos que estime probados, haciendo referencia en los fundamentos de derecho a los razonamientos que le han llevado a esta conclusión, en particular cuando no recoja entre los mismos las afirmaciones de hechos consignados en documento público aportado al proceso respaldados por presunción legal de certeza. Por último, deberá fundamentar suficientemente los pronunciamientos del fallo") y 24. 1 de la Constitución, regulador del derecho a la tutela judicial efectiva.

La argumentación de la recurrente se centra en la, a su parecer, "parquedad" de la sentencia de instancia en su argumentación sobre el posible fraude de ley y la obligación de subrogación por parte del SAE. El TS recuerda que "parquedad" no es en modo alguno inexistencia de motivación, siendo así que aquello que importa es que la sentencia permita conocer cuál ha sido el razonamiento y fundamentación jurídica que ha llevado a la decisión del juzgador, trayendo a colación numerosas sentencias del TC y del TS que abundan en esta línea, diferenciando entre la argumentación más extensa y detallada de los litigantes, sus "escritos forenses", y la que resuelve el litigio concreto, siempre y cuando esta última venga apoyada "en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión".

Este razonamiento es el que va a llevar, creo que con acierto, a la Sala a desestimar el motivo del recurso, sin entrar en modo alguno en el fondo del razonamiento judicial, ya que éste será justamente motivo de análisis separado y con respuesta satisfactoria para los recurrentes; desestimación que va acompañada de una moderada critica al "laconismo" del TSJ autonómico sobre las cuestiones suscitadas en la demanda de fraude de ley y de deber de subrogación (me remito a mi comentario de la sentencia de instancia), pero ese laconismo no le lleva de momento a estimar la petición de nulidad de la sentencia, ya que la argumentación de instancia es "una respuesta motivada ajustada a la obligada tutela y a la exhaustividad legalmente exigible". La motivación será más o menos válida en cuanto al fondo del conflicto, pero es consecuencia de un razonamiento que lleva a una determinada conclusión, algo que la aleja de la tacha de arbitrariedad denunciada por la recurrente, con independencia de que el razonamiento pueda ser considerado en fase de recurso como erróneo por haberse producido acontecimientos o eventos jurídicos que vayan en esa línea, y ya adelanta el TS que así ocurre en este caso, ya que la sentencia del C-A en que basó la imposibilidad de subrogación fue revocada con posterioridad por el TS, por lo que habrá que atender a esta última a la hora de resolver el recurso.

3. He dicho con anterioridad que la sentencia tiene un marcado carácter doctrinal de indudable interés, siendo hasta donde mi conocimiento alcanza la primera sentencia del TS tras la reforma laboral de 2012 que aborda de manera exhaustiva la figura jurídica del fraude de ley y sus efectos en punto a la declaración de nulidad de la decisión empresarial. Es cierto que la petición de nulidad no sólo fue planteada por la recurrente con respecto al posible fraude de ley, sino también por incumplimiento de varias de las obligaciones empresariales con respecto a cómo se inició el procedimiento de despido colectivo y durante el período de consultas. Ahora bien, la Sala entra a valorar y examinar en primer lugar las relativas al posible fraude por considerar, con razonable criterio procesal, que si existe este ya no tendría razón de ser el examen de las otras causas de nulidad alegadas, argumentando que "en un plano ontológico, parece razonable decidir antes la corrección del acto en sí mismo atendiendo a su finalidad, que atender a su validez formal". Y es aquí donde sienta la nueva e importante doctrina con respecto a la consideración del fraude de ley como causa de nulidad de la decisión empresarial con los argumentos que paso a examinar detalladamente a continuación.

4. Es cierto que la decisión extintiva puede impugnarse según art. 124.2 LRJS porque se haya adoptado, entre otros supuestos, en fraude de ley, pero esa posibilidad no aboca, en caso de producirse, a la declaración de nulidad de la sentencia si nos atenemos a los términos literales del art. 124.11, ya que esta se predica de determinados incumplimientos formales o por vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas. Pero no lo es menos que el fraude de ley tampoco está incluido entre los supuestos que pueden llevar a declarar que la decisión empresarial es no ajustada a derecho, calificación jurídica que se reserva para los casos de inexistencia de causa. Por consiguiente, parece que el legislador dejó la puerta abierta en la Ley 3/2012 (me pregunto si de forma voluntaria o no, algo a lo que la Sala responderá considerando que no lo fue) a que el fraude de ley pudiera tener un determinado efecto jurídico u otro, aunque sin duda no hay que olvidar, y así lo hará la Sala más adelante en su razonamiento, la importancia del art. 6.4 del Código Civil respecto a delimitar los efectos jurídicos de la conducta fraudulenta por parte empresarial ("Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir").

Para la Sala, no tiene mayor importancia, por considerar que esa circunstancia obedece "… a simple omisión y no a voluntad deliberada alguna", que en el art. 124.9 de la LRJS en la modificación operada por el RDL 3/2012 sí se incluyera el fraude ley como causa de nulidad ("La sentencia declarará nula la decisión extintiva cuando no se haya respetado lo previsto en los artículos 51.2 o 51.7 del Estatuto de los Trabajadores, u obtenido la autorización judicial del juez del concurso en los supuestos en que esté legalmente prevista, así como cuando la medida empresarial se haya efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas o con fraude, dolo, coacción o abuso de derecho), mientras que no lo recogiera el citado precepto (ahora en su apartado 11) tras la tramitación parlamentaria que llevó a la aprobación de la Ley 3/2012 ("La sentencia declarará nula la decisión extintiva cuando el empresario no haya realizado el período de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores o no haya respetado el procedimiento establecido en el artículo 51.7 del mismo texto legal u obtenido la autorización judicial del juez del concurso en los supuestos en que esté legalmente prevista, así como cuando la medida empresarial se haya efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas. En este supuesto la sentencia declarará el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a su puesto de trabajo, de conformidad con lo previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 123 de esta Ley").

Compartiendo la tesis de fondo de la sentencia, esto es la consecuencia de la nulidad de la decisión empresarial efectuada en fraude de ley, no creo que el cambio del RDL3/2012 a la Ley 3/2012 fuera una omisión u olvido, sino que fue consecuencia de los pactos y acuerdos alcanzados en la tramitación parlamentaria de la norma enla Comisión de Empleo y Seguridad Social del Congreso de los Diputados. En efecto, si se repasa la tramitación parlamentaria puede comprobarse que el informe de la Comisión era idéntico al texto del art. 124.9 de la LRJS en redacción del RDL 3/2012, mientras que el cambio se produce en el texto aprobado poco después por la Comisión, como consecuencia, repito de diferentes acuerdos transaccionales entre los grupos parlamentarios.

Más interesantes me parecen las argumentaciones de la Sala para defender su tesis de la nulidad de un despido colectivo por fraude de ley cuando la misma había sido abandonada para los despidos individuales desde la aprobación de la Ley de ProcedimientoLaboral en 1990, abandono que fue objeto de críticas por un sector de la doctrina científica iuslaboralista, entendiendo la Sala que una decisión de este tenor tiene "mucha mayor gravedad" que una de carácter individual (coincido en cuanto que afecta a más personas, pero también digo que la decisión que afecta a una sola persona es igual de importante para ella que la que afecte a muchos trabajadores en un despido colectivo), y vinculándola, con acierto a mi parecer, al incumplimiento de la normativa autonómica que preveía la incorporación del personal de los Consorcios al SAE, llevándole ello a sostener que la decisión del despido colectivo llevada a cabo por el Consorcio (y añado yo ahora que la tesis me parece válida para todos los demás litigios que haya resuelto o deba resolver el TS sobre despidos colectivos producidos en otros Consorcios) "tiene su propia regulación y consecuencias… (que) trascienden a un plano superior de intereses generales".

Para cerrar su amplia, bien detallada y fundamentada argumentación de defensa de la nulidad de un despido colectivo en fraude de ley, que sin duda será acogida por los TSJ, AN y JS cuando las partes demandantes aleguen, y puedan probar, la existencia de dicho fraude, la Sala defiende, y hay que valorarlo positivamente, que no puede darse una menor protección jurídica a decisiones colectivas adoptadas de forma contraria a derecho que a las que adoptadas en un procedimiento individual, y que tampoco puede tratarse de peor condición en cuanto a protección de los derechos de los trabajadores a un despido fraudulento que a uno en donde se hayan producido algunos incumplimientos formales, quedándome por mi parte con la defensa de la estabilidad en el empleo (un principio fundamental del Derecho del Trabajo pero claramente debilitado en la reformas de 2012), aunque sea referida al caso concreto enjuiciado, al afirmar la Sala que "en todo caso no resultaría en manera alguna razonable que ciertas deficiencias de procedimiento determinen la nulidad de la decisión adoptada por la empresa y que este efecto sin embargo no se produjese cuando la decisión extintiva, burla – pretende burlar, más bien – la estabilidad en el empleo que por expresa y variada disposición normativa se atribuye a los trabajadores (como veremos por Ley, Decreto y Resolución de una Secretaría General").

5. Sentada la doctrina general sobre la nulidad del despido colectivo cuando la decisión empresarial se produzca en fraude de ley, la Sala repasa en el fundamento jurídico quinto cuál es la normativa autonómica de aplicación al caso enjuiciado, que ha sido objeto de amplia explicación por mi parte en los comentarios realizados con anterioridad a las sentencias de las Salas de lo Social y Contencioso-Administrativo del TSJ andaluz.

A efectos de la resolución del recurso me parece importante recordar que tanto en el art. 8 de la Ley 1/2011 como en la disposición adicional cuarta de esta norma, así como también en la disposición adicional segunda del Decreto 96/2011 de 19 de abril y en la Resolución de la Secretaría General de la Administración Pública de laJunta de 20 de abril de 2011, se contempla la subrogación del SAE como empleador del personal laboral de los Consorcios UTEDL, y que dicha subrogación se debía producir "desde la fecha en que se acuerde su disolución o extinción". Igualmente conviene poner de manifiesto, y así lo hace la Sala, que un argumento del TSJ autonómico cual era que la disposición adicional segunda del Decreto 96/2011 había sido declarada no conforme a derecho por sentencia del TSJ autonómico (C-A) de 20 de febrero de 2012, no es válido en el momento de resolver este conflicto laboral por el TS ya que dicha sentencia fue revocada por la Sala de lo C-A del alto tribunal ensentencia de 30 de diciembre de 2013, sentencia que reproduce la argumentación, entre otras de la sentencia de 2 de octubre (analizada con anterioridad), y que dio validez a la integración del personal laboral (en lo que ahora interesa de los Consorcios) en el SAE sin considerarla ilegal o discriminatoria con respecto a otros colectivos, con fundamentación laboral acertada en el principio de sucesión de empresa regulado en el art. 44 de la LET porque, dice el TS (C-A), "pretende cohonestar la nueva configuración del sector público de Andalucía dispuesta por el legislador autonómico con la estabilidad en el empleo de quienes ya la tenían como personal laboral en las entidades públicas que resultan extinguidas en esa reordenación del sector público legalmente establecida".

Para la Sala de lo Social, no sólo es importante la normativa citada, así como las posteriores resoluciones judiciales, sino también la clara voluntad política datada del año 2010, más concretamente del 27 de julio, es decir mucho antes de que se produjeran los despidos colectivos como consecuencia de la reducción de las partidas presupuestarias destinadas a las políticas activas de empleo, de proceder a la disolución de los consorcios. La Sala menciona el "Acuerdo de 27de julio de 2010, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Plan deReordenación del Sector Público de la Junta de Andalucía", en el que se plantea la "reducción del número de entidades instrumentales" con un objetivo, entre otros de "la defensa del empleo público" y que preveía entre otras medidas la "extinción por una comisión liquidadora de los Consorcios Unidades Territoriales de Empleo y Desarrollo Local y Tecnológico. El resultante de tal liquidación será objeto de traspaso, en los términos que se fijen por la citada comisión liquidadora y con carácter preferente al Servicio Andaluz de Empleo, para su aplicación a fines y servicios de las políticas activas de empleo, y con carácter secundario, a las administraciones locales de ámbito territorial para su aplicación a fines y servicios de desarrollo local".

Es decir, una decisión política de 2010 se convierte en 2012 en una medida operativa cuyo cumplimiento se pospone a la práctica desaparición de personal contratado por los consocios, debatiéndose, ya lo adelanto, si la estrategia empresarial fue o no una decisión fraudulenta para evitar el cumplimiento de la normativa autonómica de integración de todo el personal de los consorcios en el SAE tal como dispuso en su momento la normativa antes citada. La Sala responderá afirmativamente y considerará que la decisión empresarial vulneró la normativa vigente por adoptarse en fraude de ley, revocando la decisión del TSJ autonómico.

6. La estimación del fraude de ley en la decisión de proceder a los despidos colectivos (en este Consorcio, pero repito que con argumentación perfectamente extrapolable a todos los demás litigios) se argumenta también de forma muy extensa y detallada en el fundamento jurídico sexto de la sentencia ahora comentada, que tiene el significativo título de "La acreditada existencia del fraude de ley". La Sala va de lo general a lo concreto, o expresado en términos más jurídicos, recuerda en primer lugar su doctrina sobre la necesidad de acreditar el fraude de ley por quien lo invoque, dado que el mismo no se presume, con mención a la doctrina de que puede demostrarse si los datos objetivos del caso revelan "el ánimo de ampararse en el texto de una norma para conseguir un resultado prohibido o contrario a la ley", y a continuación va rebatiendo las argumentaciones del tribunal autonómico sobre la inexistencia del fraude por no compartir el rigor argumental con el que se manifiestan, aun cuando la Sala es consciente, pero entiende que el marco jurídico no invalida en modo alguno su intervención, de que la apreciación del fraude es "facultad primordial del órgano de instancia, por cuanto que en la materia juegan decisoriamente las normas sobre carga de la prueba.. y las reglas sobre presunciones…" (con cita de los arts. 217, 385 y 386 de la LEC).

¿Cuál es el contenido de mayor relevancia, a mi parecer, de la sentencia en este punto?. En primer lugar, la previsión ya desde julio de 2010 de la disolución y extinción de los consorcios, aun cuando no se fijara fecha concreta al respecto, algo que destaco yo ahora es lógico porque un proceso de reestructuración empresarial, y mucho más en el sector público, necesita de una planificación orientativa en donde los plazos vayan adecuándose a las necesidades organizativas.

En segundo término, que las reducciones en las partidas presupuestarias provenientes del Estado, y que llevarían a la presentación de los despidos colectivos, eran conocidas con anterioridad a esa decisión, ya que la asignación estatal para 2012 fue aprobada en la conferencia sectorial estatal de empleo y relaciones laborales del 24 de mayo (aún cuando la Orden ministerial por la que se apruebay publica la distribución data de 24 de septiembre).

En tercer lugar, que ante la gravedad de la situación económica, derivada de la reducción de la asignación estatal en casi un 90 % con respecto al año anterior (las previsiones con las que operaba la Junta eran las del mantenimiento de la cantidad asignada en 2011), la decisión adoptada por los consorcios (cuya presidencia, recuerda la Sala, "corresponde al delegado provincial de la Consejería de Empleo) no es la de proceder a su disolución (previsión expresamente contemplada en el art. 49 de los Estatutos) sino la de proceder al despido colectivo de su personal laboral.

En fin, dado que la decisión adoptada tiene un coste económico legalmente obligado (20 días de salario/año y un máximo de 12 mensualidades), y ante la falta de disponibilidad económica para el pago de tales indemnizaciones, la Junta aprueba en diciembre de 2012 una subvención de cerca de seis millones de euros "para hacer frente a las indemnizaciones por el despido colectivo de todos sus trabajadores".

La actuación de los Consorcios, optando por el despido de sus trabajadores y no por la disolución del ente, es el dato fundamental que lleva a la Sala a estimar que la decisión empresarial se ha adoptado "con una clara desviación de poder por parte de las Administraciones Públicas", con lo que ello supone de incumplimiento de la normativa administrativa, en concreto del art. 70.2 de la Ley 29/1998 de la jurisdicción contencioso-administrativa ("2. La sentencia estimará el recurso contencioso-administrativo cuando la disposición, la actuación o el acto incurrieran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder. Se entiende por desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico que habrá de conllevar la nulidad de la medida adoptada"). El vicio de la desviación de poder, con la

existencia de una causa ilícita, llevará a su concreción en sede del ordenamiento laboral a la declaración de nulidad porque aquello que ha pretendido la Administración Pública implicada, bajo la apariencia del cumplimiento de la normativa reguladora de los despidos colectivos, es evitar la integración del personal del consorcio en el SAE, con la condena solidaria de todas las codemandadas tal como he indicado al inicio de la exposición, cuestión de no menor importancia jurídica y que requeriría de un más completo análisis que va más allá del comentario de la sentencia, sobre cómo se ejecutará la sentencia y quién será el empleador de los trabajadores fraudulentamente despedidos.

La Sala entiende que de todos los datos aportados puede deducirse sin mayor complejidad la existencia de una actuación fraudulenta por parte de la Administración con el único objetivo de evitar el cumplimiento de la normativa sobre su integración en el SAE. Llega a tal conclusión porque no se adoptó la decisión que hubiera sido más lógica y razonable para los ayuntamientos que formaban parte del consorcio, esto es su disolución, y que sólo hubiera supuesto que los trabajadores pasaban a formar parte del SAE, sin coste económico alguno para la administración local, y por el contrario optan por una solución mucho más gravosa económicamente para sus arcas en cuanto que tenían que abonar una indemnización para la que no disponían de fondos económicos y que finalmente, tal como he explicado, será abonada con cargo a una partida presupuestaria excepcional de la Junta, solución que al mismo tiempo es mucho más lesiva para los trabajadores afectados ya que se erosiona totalmente la previsión que tenían de estabilidad en el empleo por la subrogación del SAE como empleador cuando se disolviera el consorcio.

La decisión no fue adoptada por cada consorcio después de un estudio y análisis de su situación particular, sino que fue una decisión colectiva que afectó a todos ellos y adoptada por el respectivo Consejo rector a cuyo frente se encuentra el delegado provincial de empleo (o dicho de otra forma, es la Junta la que toma de facto la decisión de optar por los despidos colectivos y no por la disolución y extinción de los consorcios).

En fin, y sabiendo que me dejo algún punto interesante de la argumentación judicial en el tintero/ordenador y pido a los lectores y lectoras del blog que suplan mis carencias con la lectura íntegra de esta compleja sentencia, la sentencia tiene un especial interés por lo que respecta a la importancia de aquello que se dice y cómo se dice en la comunicación extintiva a los trabajadores despedidos, en cuanto que dicha comunicación puede tener una importancia determinante en el litigio judicial posterior, y desde luego para el TS la tiene en cuanto a la intencionalidad fraudulenta de la Administración ya que en tales comunicaciones "… de manera inequívoca se presenta la extinción de los contratos de trabajo como paso previo a la disolución del ente".

7. En los primeros debates que hemos tenido en las redes sociales sobre la sentencia del TS se ha dicho que este le da "un repaso en toda regla" al TSJ andaluz. Desde el plano jurídico que me corresponde en este comentario, no es en puridad un "repaso" tal como pueda entenderse en el lenguaje coloquial, sino una cuidada argumentación del alto tribunal para ir rebatiendo, una por una, las argumentaciones que llevaron al TSJ a desestimar la demanda en este conflicto y en todos los demás que debió conocer sobre despidos en consorcios.

Muy probablemente donde se comprueba perfectamente es en el apartado 4 del fundamento jurídico sexto, al rechazar en primer lugar que la actividad del consorcio persistiría tras los despidos de todo su personal porque quedaba pendientes de llevar a cabo el pago de las indemnizaciones, criticando la Sala que el argumento de la sentencia de instancia es un sofisma "pues para justificar la no disolución parte de la petición de principio de que procedía el despido colectivo", y manifestando además de forma tajante que aquello que en instancia se califica de "consecuencias administrativas diferidas" como el pago de indemnizaciones, "no son funciones propias del Consorcio – las fijadas en sus Estatutos – sino las que acompañan a la disolución de cualquier ente".

Respecto a la argumentación formal de instancia de que el SAE no tenía competencias para disolver y liquidar un consorcio porque ello correspondía al Consejo rector, es una "obviedad" para el TS que, tras haber analizado con anterioridad la importancia asumida en todas las decisiones de los despidos colectivos por el Presidente de cada consorcio, el delegado provincial de empleo de la Junta, manifiesta que implica "los imprescindibles componentes del fraude de ley que estimamos concurrentes". En fin,

ya he explicado con anterioridad, y no reitero ahora, que una parte de la tesis del TSJ se basaba en una sentencia del mismo tribunal (sala C-A) que será revocada en diciembre de 2013 por el TS.

8. Concluyo mi explicación, a la espera de conocer, cuando sean publicadas las sentencias que resuelven los recursos de casación interpuestas contra otras sentencias del TSJ andaluz, si hay algún aspecto o contenido concreto que requiere de un análisis específico por apartarse de la (importante) doctrina sentada la sentencia de 17 de febrero. Y todo ello, es decir los comentarios o análisis adicionales, como siempre digo mientras el cuerpo y la salud aguante

### *2.2.2. Sobre las causas de los despidos del complejo y polémico litigio jurídico y social de TeleMadrid. Examen de la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2014.*

**I. Introducción.**

Es objeto de atención la sentencia dictada por el Tribunal Supremo el 26 de marzo de 2014, previa explicación del contenido más relevante de la sentencia que fue objeto del recurso de casación, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 9 de abril de 2013.

**II. Estudio de la sentencia del TSJ de Madrid de 9 de abril de 2013.**

La sentencia delTSJ de Madrid fue objeto de atención detallada por mi parte (y no estoy precisamente seguro de que ahora hubiera dicho lo mismo que dije en su momento, reflexión que hago después de haber procedido a su relectura), y en el comentario se encuentran buena parte de los hechos probados de la sentencia de instancia que después serán reproducidos en la sentencia del TS, por lo que procedo, en cuanto que creo que es de interés para el mejor seguimiento de mi explicación de la sentencia del TS, a su reproducción.

"El martes, 9 de abril, el TSJ de Madrid hizo pública la sentencia dictada con ocasión de las demandas por impugnación de despidos colectivos interpuestas por la Federación Regional de Servicios UGT-Madrid, Federación de Servicios a la Ciudanía de CC OO, y la Confederación General del Trabajo, contra el Ente Público Radio Televisión Madrid, Televisión Autonomía Madrid SA y Radio Autonomía Madrid SA. Se trata del conflicto conocido más coloquialmente como "el ERE de Telemadrid", que supuso el despido por parte de la empresa de 925 trabajadores. El fallo de la sentencia es el siguiente: "declaramos no ajustada a derecho la decisión empresarial de extinción de 925 contratos de trabajo del Ente y sus sociedades, condenando a las partes a estar y pasar por esta declaración". Recuerdo aquí que a 30 de noviembre de 2012 la plantilla total era de 1161 trabajadores, de los que 967 pertenecían a Televisión Autonomía Madrid.

Mi propósito es apuntar algunos de los contenidos más destacados a mi parecer de esta compleja sentencia de 60 páginas, que el magistrado del TSJ de Catalunya y director de la revista Jurisdicción Social Miquel Ángel Falguera, ha tenido la amabilidad de enviarme; y digo compleja porque últimamente, y en este caso aún más, los tribunales laborales están teniendo que realizar complicados análisis económicos en sus resoluciones para poder llegar a una conclusión jurídica determinada, tarea de la que están saliendo con buena puntuación a mi entender.

La petición de las demandantes fue la declaración de nulidad de los despidos llevados cabo por el Ente y sus sociedades, y de manera subsidiaria la declaración de que no se ajustaron a derecho. En los hechos probados se pasa revista a la naturaleza jurídica del ente público RTVM y las dos sociedades, de televisión y radio, a través de las que desarrolla su actividad, y queda constancia de cómo se financian, mediante las aportaciones de la Comunidad, la comercialización y venta de productos, y la publicidad. La decisión empresarial de extinguir los contratos guarda relación justamente con la financiación, y más exactamente, por la reducción los ingresos comerciales y de la aportación pública.

En el hecho probado sexto se recoge con claridad la causa objetiva económica de los despidos, concretada en la insuficiencia presupuestaria, "determinada por la reducción de los ingresos comerciales, centrados sobre todo en la sociedad de Radio Televisión Madrid y de las partidas públicas con la que se financia el Ente, teniendo en cuenta que además presenta, como gasto asumido, un alto grado de endeudamiento con entidades financieras, a las que ha acudido en los últimos años como consecuencia de superar

sistemáticamente, los ingresos con gastos no previstos en el presupuesto". De los datos recogidos en la sentencia cabe destacar la reducción de 79 a casi 71 millones de euros de la aportación pública al presupuesto de 2012 a 2013, y la previsión de ingresos por publicidad para este año de 15 millones, frente a los 19 de 2012 y más de 22 en 2011. Otro dato especialmente relevante es la deuda que tiene la ahora parte demandada con entidades de crédito, que a 31 de diciembre de 2012 es de más de 261 millones de euros, de los que casi 132 vencen este año. En cuanto a la reducción de costes de personal durante el período de años anteriores, sólo consta acreditada la reducción de gastos por haberse reducido la contratación de personal temporal durante los años 2007 a 2011. La causa económica alegada por la empresa se sustenta en un estudio realizado por la empresa Deloitte y en cuyas conclusiones, según los hechos probados de la sentencia, "se pone de manifiesto que el modelo empresarial actual no es viable" y como propuesta "se propone reducir los costes asociados a programas que se tienen que reducir en línea con los contenidos de nuevas parrillas que también se proponen". La propuesta pasa por la reducción de la producción propia y ampliar la producción externa con un menor coste, y ello genera lógicamente, siempre según esa tesis, la necesidad de externalizar servicios.

Suele haber una cierta opacidad sobre los costes salariales del personal excluido de convenio, no sólo en este caso que ahora estoy analizando, sino también en buena parte de grandes empresas. El interés de la lectura de los hechos probados radica ahora justamente en que por una vez se puede disponer de esta información siquiera sea de forma agregada, a 31 de diciembre de 2011, para poder compararla con los datos siempre públicos y disponibles de personal acogido a convenio, cuyo montante salarial total (gasto de personal) es de 37.434.279,49 de euros. Hay 100 personas excluidas de convenio cuyo gasto asciende a 4.521.817,67 euros, mientras que el de las 12 personas que forman el comité de dirección asciende a 1.058.223,73 euros. Todo ello suma un total de 43.014.320,89 euros en concepto de cuantía de gastos de sueldos y salarios. Según la propuesta de la empresa, la externalización de parte de su actividad, mediante la suscripción de acuerdos con diversos proveedores, supondría un ahorro mensual de costes de más de 423.000 euros, si bien consta en el hecho probado octavo que "no se ha podido constatar fehacientemente" la tesis defendida por la empresa.

Con fecha 5 de diciembre se inició la tramitación legal del despido, con la comunicación de inicio del período de consultas, con la presencia en la reunión, a requerimiento empresarial, de un Notario, "con el objeto de tomar nota de los asistentes y recoger sus manifestaciones". A partir de la reunión del día 13, y a petición de la parte empresarial, participó en el seguimiento de las negociaciones un miembro de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Dicha posibilidad está expresamente contemplada en el art. 10.2 del Real Decreto 1483/2012: "La autoridad laboral podrá realizar durante el periodo de consultas, a petición de cualquiera de las partes, o por propia iniciativa, actuaciones de asistencia. En especial, podrá dirigir a las partes propuestas y recomendaciones sobre las medidas sociales de acompañamiento y, en su caso, sobre el contenido e implantación del plan de recolocación externa, teniendo en cuenta la situación económica de la empresa".

Sigo con los hechos probados, en los que se da debida cuenta de toda la documentación aportada por la parte empresarial con ocasión del inicio del expediente, así como también de que la se ha ido entregando por ambas partes durante el período de consultas. Es de especial interés la cuidada relación de todas las propuestas presentadas por la representación de los trabajadores, que partían de la premisa de que era "desproporcionada" la extinción de contratos del 96 % de la plantilla, y también de que "el cumplimiento del presupuesto se tendría que constatar a finales de 2013". En cuanto a los criterios de selección del personal afectado por el ERE, consta acreditado que se realizó por las respectivas Direcciones y que no se planteó inicialmente cuáles debían ser las personas afectadas, si bien en general se asumió que deberían extinguirse los contratos de aquellas personas cuya actividad pasaría a ser desempeñada por una productora externa una vez externalizado el servicio. En cuanto a los departamentos o áreas sólo afectadas parcialmente por ese proceso, se acordaron aplicar criterios de "capacidad e idoneidad de gestión", concretados en la comunicación final empresarial y que pasan por conceder prioridad en el mantenimiento del empleo a quienes aportaran "valor añadido" al ente público, un concepto que lógicamente guardará relación con la imagen que la dirección desea que se tenga de la empresa ante la sociedad, no tomando en consideración ni el criterio de antigüedad ni el de forma de ingreso. La extinción afectó a varios miembros de los comités de empresa y a delegados sindicales, y de forma sorprendente, por decirlo de alguna manera ya que parece que quedan claras las opciones de la empresa al adoptar esta medida, el personal fijo fue el

más afectado por el ERE, "resultando menos afectados los (trabajadores) temporales y los cargos de libre designación".

Por consiguiente, la decisión final se tomó por "--- La imagen que para RTVM el trabajador pueda suponer. - La especial significación, aquellos trabajadores que, aunque su imagen no se asocie a RTVM, sea una figura destacada dentro de la comunicación y/o periodismo. - El valor o desarrollo organizativo de cada uno de los trabajadores. - El valor o desarrollo de la gestión de los mismos, teniendo en cuenta criterios de efectividad y calidad.". Reconozco que hay ser un buen especialista en la materia para saber cómo aplicar estos criterios, pero sí afirmo desde la perspectiva jurídica que abren la puerta para, bajo la apariencia de una actuación objetiva, encubrir actuaciones claramente discriminatorias.

¡Bueno, ya hemos llegado a la página 29 de la sentencia, pero todavía quedan por comentar los contenidos jurídicos más destacados recogidos en los fundamentos de derecho!

A) En primer lugar tiene especial importancia delimitar cuál es la naturaleza jurídica del ente público demandado, ya que se suscitó discrepancia entre las partes respecto a la misma, defendiendo las demandantes la aplicación del art. 3.2 de la Ley de Contratos del Sector Público,y entendiendo que tenían la consideración de Administración Pública, mientras que las demandadas planteaban su inclusión en el art. 3.1 h), es decir por formar parte del sector público en general y no de las AA PP en particular ("Cualesquiera entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia)", diferencia importante ciertamente por la distinta documentación que debe aportarse con ocasión de la presentación de un ERE según lo dispuesto en el art. 34.3 del RD 1483/2012. La sentencia, después de un estudio de la doctrina jurisprudencial, acoge la tesis de la parte demandada, poniendo de manifiesto que el conflicto versa sobre una sociedad mercantil, el ente público RTVM, "creada para satisfacer necesidades de interés general, incluida en el sector público, cuyo objeto es prestar un servicio público de radio y televisión en la Comunidad de Madrid".

B) La sentencia se detiene a continuación sobre la legitimación de un grupo de empresas para instar un despido colectivo, legitimación que, recuerdo, ha sido aceptada ya por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y también por algún TSJ. El Tribunal de Madrid pasa revista a la jurisprudencia del TS y a las características que se predican como necesarias para acreditar la existencia de ese grupo a efectos laborales, tales como "funcionamiento integrado o unitario", "prestación de trabajo indistinta o común, simultánea o sucesiva, a favor de varios empresarios", "confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección". La Sala recuerda, y así también lo había hecho la AN, que no hay una referencia expresa al grupo, ni en la normativa europea ni en la estatal, como sujeto negociador, pero que sí puede ocurrir que la realidad empresarial del grupo acerque a éste a la noción de empresario "de la que se parte tanto en la directiva como en el Estatuto de los trabajadores y en el Reglamento de despidos colectivos", y que si se dan las notas antes citadas estaremos ante un supuesto claro de grupo de empresas a efectos laborales, tal como ocurre en el litigio enjuiciado. La Sala aporta, además, otro argumento interesante en apoyo de su aceptación del grupo de empresas como sujeto que presenta el ERE, ya que "además de los requisitos jurisprudencialmente exigidos el legislador ha querido que los Grupos de Empresa puedan ser ámbito de la negociación colectiva, lo que en cierta forma facilita también las negociaciones globales en casos de causa económica afectante a todas las empresas del grupo".

C) En el fundamento cuarto se analiza la conformidad a derecho del cumplimiento de los requisitos respecto a la documentación a presentar, ya que la parte demandante alega incumplimiento del art. 124.9.3ª de la Ley reguladora de la jurisdicciónsocial y por consiguiente también incumplimiento del art. 51.2 de la LET, si bien la Sala no se centra sólo en aspectos formales, en los que entenderá la actuación empresarial ajustada a la normativa, sino que también formula valoraciones sobre los datos económicos aportados por la empresa y que deben ponerse en relación con la falta de fundamentación de la causa económica que llevará a la Sala a considerar no ajustado a derecho el ERE.

Como digo, la Sala asume que la empresa ha aportado la documentación económica a la que estaba obligada, y que de la misma se deduce que su situación económica es negativa y que "se prolonga más de los tres meses que se exigen por la norma para tener por consolidada dicha situación", y valora que el nivel de gasto "se ha mantenido sobredimensionado en relación con las aportaciones reales por actividad propia unida a las aportaciones públicas", sin que quede fehacientemente probado los motivos de ello, y sólo apuntando ahora que "dejaremos para la fundamentación jurídica y valoración de la causa el criterio y la consecuencia jurídica que ello nos merece".

D) Una cuestión que suscitó especial debate en sede judicial fue la argumentación de las demandantes sobre la falta de buena fe por parte de la demandada, tanto en la negociación previa como durante el período propiamente dicho de consultas, de la que me interesa ahora destacar, por su impacto sobre la resolución final, la tesis del abuso de derecho por parte empresarial por considerar que, aunque se acepte la difícil situación económica de la empresa, la decisión de despedir a un 80 % de la plantilla por una reducción del 5 % en las partidas presupuestarias sería desproporcionada, "al no guardar adecuada relación entre las causas y las medidas resultantes", y esta actuación empresarial se consideraba "abusiva y contraria al Convenio núm. 158 de la OIT".

En este punto la Sala realiza un estudio doctrinal de los conceptos jurídicos citados y cuyo cumplimiento se ha puesto en tela de juicio por las demandantes, con obligada mención a los correspondientes preceptos del Código Civil y referencia a cómo han sido interpretados por la doctrina civilista, echando en falta por mi parte que no se haga mención algunas a las excelentes aportaciones doctrinales de la doctrina iuslaboralista sobre la materia. A partir del estudio y construcción teórica, la Sala no entiende debidamente acreditado por los demandantes los incumplimientos alegados, y pone de manifiesto que la extremadamente difícil situación que existía durante el proceso negociador hace imposible llegar a la conclusión de incumplimiento, afirmando que "Hemos de convenir que, en situación de conflicto activo, es difícil valorar la existencia de la alegada buena fe tanto en acciones, como en omisiones que están entroncadas en el conflicto mismo y que son la consecuencia de procesos previos, ya largos y de causas anteriores no resueltas, que no han sido tratadas con este criterio ni con ningún otro, salvo la pura oportunidad, antes de que obligadamente las partes implicadas se tuvieran que sentar en una mesa negociadora ,obligadas por la ley, para conseguir un fin que probablemente nadie quiera". Nuevamente he de destacar la importancia de las actas de las reuniones, porque su contenido es unos de los argumentos de la Sala para rechazar el presunto incumplimiento empresarial.

No obstante, la lectura del fundamento jurídico quinto es compleja, porque en algún momento a mi parecer la Sala reconoce que la actuación empresarial no ha respetado la buena fe, tal como alegan los demandantes, y en concreto con respecto a la contratación con empresas externas para realizar una parte importante de su actividad, al haber alegado que "era provisional". A partir de los datos recogidos en los hechos probados sobre el coste de los servicios, y el hecho acreditado de que la partida que descompensa el balance "viene determinada por la cantidad que se arrastra de deuda, 261.389.493 millones de euros, de los cuales 131.739.783 vencen este año", la Sala afirma con rotundidad, y con consecuencia finales en el fallo, que no puede aceptar que la citada contratación con empresas externas para la prestación de servicios sea provisional, argumentando que "Será provisional con quién, pero no puede serlo el porqué, si se mantiene como tesis causal la externalización de los servicios que EPRTM consideró externalizables en su propuesta de reducción de gasto para obtener el obligado equilibrio financiero en 2013".

E) Se detiene la sentencia en la alegación de nulidad efectuada por inexistencia del listado de trabajadores afectados por el ERE, y pasa revista a las obligaciones fijadas en la normativa legal y reglamentaria estatal durante el período de consultas, consistentes en aportar los "criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados", recordando la estrecha relación de la normativa interna con la Directiva europea de 1998 sobre despidos colectivos, y el deber de información impuesto al empresario para posibilitar que el período de consultas se desarrolle de forma eficaz.

La Sala recuerda que esa documentación se aportó, y que fue después en la comunicación final cuando se "redefinen" y se acaban de concretar, siendo los de "la imagen, la especial significación del

trabajador, el valor o desarrollo organizativo o de gestión que hemos de entender se refieren a cargo de organización o gestión". La Sala estudia si estos criterios cumplen con los requisitos de idoneidad y suficiencia a los que antes se ha referido, y tomando en consideración la importancia de la decisión en los correspondientes ámbitos departamentales de la empresa. La Sala, que parece moverse, y puedo entenderlo perfectamente, con "pies de plomo" en una cuestión en donde se combina el dato jurídico con unas determinadas estrategias empresariales, afirma que no puede afirmarse que no se haya cumplido por la empresa con los requisitos formales, y que "no cabe concluir" (vuelvo a insistir en la prudencia de la Sala al tener que adoptar una decisión) "que estos criterios resulten, a priori, discriminatorios por alguna de las causas previstas en el artículo 17 de la Ley del Estatuto de los trabajadores y la decisión de la empresa, adoptada al amparo de estos criterios, resulta ajustada a derecho".

Y sin embargo, no es esa conclusión la que creo que pueda deducirse de las propia palabras de la sentencia poco antes, cuando afirma con toda claridad, y tiene toda la razón ya que el debate planteado en sede jurídica debe resolverse con arreglo a derecho pero la cuestión debatida es mucho más que un mero conflicto jurídico ya que gira sobre un cambio sustancial en la gestión y estructura organizativa de la empresa, que los argumentos utilizados por la empresa para seleccionar a los trabajadores afectados no sólo (y yo diría que bastante poco) guardan relación con la justificación objetiva de la extinción del puesto de trabajo del trabajador afectado, sino mucho más con ese cambio de modelo que defiende la empresa y que apoya a efectos económicos y jurídicos en los Informes elaborados por Deloitte.

Y fíjense si es claro lo que dice la sentencia cuando argumenta que el auténtico elemento causal es el cambio de modelo y no cómo afecta la decisión a un determinado puesto de trabajo, que ello, me parece, no va en la misma línea de la conclusión expuesta poco más adelante en la sentencia, y que sin duda será uno de los argumentos que las partes demandantes utilizarán en el Recurso de Casación que ya ha sido anunciado (y que también será interpuesto por la empresa). Conviene leer con atención

este párrafo: "3.- Se dice literalmente que el criterio de extinción de los contratos está vinculado no a la "causa", sino a la capacidad e idoneidad de gestión y mantenimiento de la estructura organizativa. Incidimos en este argumento causal porque son estos dos elementos la "capacidad e idoneidad de la gestión" y "el mantenimiento de una estructura organizativa, los que entendemos vienen a distorsionar el cumplimiento del requisito causal justificativo del despido, e inciden en el requisito de elección de trabajadores que estamos examinando, y ello, porque se trata de dos elementos que no inciden en el contrato, y por lo tanto en la causa económica que examinamos, inciden en la gestión, organización y dirección del Ente".

F) De menor importancia a mi parecer, pero desde luego hay que agradecer el esfuerzo de la Sala por ir analizando punto por punto todas las alegaciones de las partes demandantes, es el análisis de la falta de suscripción de un convenio especial con la Seguridad Social, que en ningún caso se recoge como causa de nulidad del ERE y que sólo se puede cumplir cuando se conoce la relación de personal afectado; o sobre el no cumplimiento de la regla de prioridad de permanencia del personal laboral fijo, ya que dicha regla va referida al personal afectado por un ERE en las Administraciones Públicas, y la Sala ha entendido que la normativa aplicable al ente RTVM es la del sector público; en cuanto a la recolocación externa, la Sala concluye, a partir de los hechos probados, que sí se ha presentado y que se ha ido ajustando durante el proceso negociador, y que además su incumplimiento no se incluye entre las causas de nulidad del ERE.

Sobre los costes salariales, que la empresa considera una parte fundamental de su plan de reducción de gastos para conseguir la estabilidad presupuestaria a la que está obligada por imperativo legal, la Sala no cuestiona que sean elevados pero centra su atención en la recurrente argumentación de las partes demandantes sobre la inexistencia de una situación presupuestaria sobrevenida (requerida por la normativa) y que aquello que ocurre realmente es "una insuficiencia presupuestaria estructural que se ha venido cubriendo con aportaciones extraordinarias" en años anteriores, y a partir de todos los datos económicos disponibles concluye que esa tesis "resulta plenamente acreditada", algo que tendrá una incidencia indudable sobre la resolución adoptada por la Sala.

En fin, sobre algunas alegaciones sobre una sucesión empresarial expuesta por la CGT que se produciría con ocasión de la contratación a proveedores externos que he analizado con anterioridad, la Sala procede a un estudio teórico muy interesante de la normativa comunitaria y estatal sobre transmisión de empresas, para concluir que no ha existido cambio de titularidad de la empresa, "ya que ese cambio de titularidad no podría realizarse a través de los contratos o acuerdos (con proveedores)..", y en cuanto al elemento objetivo la Sala argumenta, con buen criterio a mi parecer que tampoco existe, "porque según se desprende del relato de hechos probados, se ha transferido la producción de noticias la recepción de señales, la realización de programas y buena parte de su soporte material, pero en todo caso, lo que no se ha transferido es una organización, un conjunto de medios organizados a un fin y este es el factor objetivo necesario para la aplicación de la Directiva y del art. 44 del E.T".

G) ¡Ya llega! Hemos de esperar a la página 54 para poder leer, y analizar, como abordar la sentencia el fundamento de la causa económica alegada por la empresa, una vez

desestimada todas las argumentaciones de las partes demandantes sobre la declaración de nulidad de la decisión empresarial. Veámoslo, pues, con detalle.

¿Fundamentación de empresa para extinguir 925 contratos? No se trata de la disminución persistente de ingresos ordinarios o ventas, sino de la obligación de cumplir con el requisito al que está legalmente obligada la empresa de "estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera", vinculado a la "reducción real del presupuesto" de RTVM al que antes ya me he referido, centrado tanto en la disminución de la aportación de la Comunidad madrileña como de la reducción de ingresos derivados de la publicidad, o más exactamente con respecto al primer punto, el que puede ya constatarse, se trata de una reducción del 5 % de las aportaciones públicas pero que inmediatamente se añade que "en cálculos no concretados, y que recogemos como alegación, suponen aproximadamente un 10 % menos de lo otorgado en el año 2012".

La parte empresarial realiza la interpretación de la reforma laboral que más se ajusta a sus intereses y defiende a efectos de poder presentar el ERE que solo requiera acreditar "la antedicha reducción presupuestaria"; es decir, se trataría de acudir a la interpretación de la norma que resulta más coherente con la reforma laboral que ha revisado, se afirma, "la definición de las causas para tratar de proporcionar una mayor seguridad a la hora de adoptar las decisiones extintivas y superar las interpretación restrictivas dadas por la jurisprudencia, tras la reforma de 2010".

La necesidad, únicamente, de justificar la antedicha reducción presupuestaria convertiría a mi parecer a la decisión de la empresa en conforme a derecho basada en un dato objetivo recogido en una norma presupuestaria y sin posibilidad alguna de intervención interpretativa por parte de la autoridad judicial, algo que muy probablemente es lo que pretendió nuestro legislador como ya he explicado en numerosas ocasiones en este blog al efectuar un análisis crítico de la reforma laboral, y según la empresa bastaría con ajustarse al artículo 4.4 del RD 1483/2012 para dar cumplimiento a las obligaciones del fondo ("Cuando la situación económica negativa alegada consista en la disminución persistente del nivel de ingresos o ventas, el empresario deberá aportar, además de la documentación prevista en el apartado 2, la documentación fiscal o contable acreditativa de la disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas durante, al menos, los tres trimestres consecutivos inmediatamente anteriores a la fecha de la comunicación de inicio del procedimiento de despido colectivo, así como la documentación fiscal o contable acreditativa de los ingresos ordinarios o ventas registrados en los mismos trimestres del año inmediatamente anterior").

La Sala no acepta esta tesis, aunque lo haga con la prudente afirmación de que "se han de matizar" las alegaciones de la empresa, y sienta una interesante doctrina que a buen seguro será tomada en consideración por las representaciones empresariales y de los trabajadores en otros ERES presentados en empresas del sector público, y lo hace a partir de una pregunta cuya respuesta va a condicionar sin duda la decisión final, esto es, determinar "si de cualquier situación negativa se puede derivar o, por sí misma, justifica los despidos, o bien, se tienen que valorar, además de hechos propiamente dichos, otras situaciones".

Previamente a la formulación de esa pregunta, la Sala ha dejado constancia de varios datos, obtenidos a partir de los hechos probados, que contribuirán a dar una respuesta afirmativa a la pregunta desde la óptica de la protección de los derechos de los trabajadores: que el ente RTVM no sólo se mantiene por las aportaciones presupuestarias; que la reducción del 5 o 10 % del presupuesto para este año "no justifica la situación de desequilibrio financiero que presentan las cuentas de la Entidad"; o que la empresa no ha sido eficaz en la gestión de los ingresos externos a las aportaciones públicas.

La Sala reconoce que la situación económica de la empresa es negativa (algo tampoco cuestionado por las representaciones de los trabajadores, habiendo hecho propuestas algún sindicato, tal como se recoge en hechos probados, de la reducción de plantilla, si bien en un número sensiblemente inferior y con utilización de las vías de acceso voluntario, y no forzado, a dicha extinción), pero que ésta "por sí misma" no basta para justificar la extinción de un número tan elevado de contratos (925) sobre el total de la plantilla de la empresa (1.161). La Sala entiende que debe haber un "plus", que yo calificaría como respeto al principio de proporcionalidad e idoneidad de la decisión que se adopte, y que justifique que dicha situación, que recuerda muy acertadamente la Sala que "no es nueva" y que "no puede actuar de forma abstracta", actúe sobre la plantilla de la empresa "creando la necesidad de reducir los números de puestos de trabajo propuestos o provocando un ceses total de la actividad, y que las medidas extintivas respondan a esa necesidad".

La Sala sigue los tres pasos que ya han devenido clásicos en las resoluciones judiciales para determinar la consistencia jurídica del despido, y hago hincapié en lo de "jurídica" porque la Sala, que es perfectamente consciente de la importancia social de la decisión que adopte, pone de manifiesto la existencia de criterios de todo tipo en la decisión empresarial y en las argumentaciones sindicales, pero que aquello que puede hacer la Sala sólo es jurídico, en cuanto que muchos de ellos, y señaladamente por parte empresarial, se han presentado a "una convalidación judicial que sólo puede y debe tener en cuenta criterios jurídicos".

En primer lugar, analizar si queda debidamente acreditada la existencia de una situación económica negativa, y nuevamente reitera la Sala que aquello que ha quedado probado es "una situación económica de pérdidas", algo tampoco cuestionado por los demandantes, pero que no equivale mecánicamente a "situación económica negativa", porque aquello que pretende la empresa, bajo la apariencia de dar cumplimiento al principio de estabilidad presupuestaria, es proceder a una amplia reestructuración empresarial que incluye un fuerte proceso de externalización de actividades productivas. Coincido con la Sala en que se trata de una estrategia empresarial cuya viabilidad o interés puede y debatirse en el ámbito organizativo y con la representación del personal, y que la reducción del presupuesto público para 2013 le lleva a ir en esa dirección, y la Sala, que es consciente de que entra en un terreno resbaladizo donde prevalece el mundo económico y el jurídico queda muy diluido, entiende que esa decisión empresarial puede ser factible, esto es que no cuestiona que se desee realizar una revisión general de toda la contabilidad y cambiar el sistema de producción, pero inmediatamente añade, en su papel de guardiana del ordenamiento jurídico, que "esto, que cómo decimos, se puede aceptar como planteamiento estratégico y decisión empresarial, no constituye una causa de extinción de despido colectivo para así eludir

las consecuencias legales que de dicha decisión se derivan". La Sala refuerza su tesis sobre la no equivalencia entre situación de pérdidas y situación económica negativa, poniendo de manifiesto los distintos interrogantes que se han suscitado en el acto del juicio, y en la documentación aportada, sobre la justificación de ingresos que no proceden de los presupuestos públicos.

El segundo requisito a respetar es determinar qué existe un indudable efecto de la situación económica sobre los concretos contratos de trabajo que se van a extinguir, es decir demostrar que puede justificar la necesidad de amortización de determinados puestos de trabajo. Aquí la Sala no formula consideraciones y se remite a las valoraciones de cada parte, en el bien entendido que cabe recordar como antes ya había formulado críticas a los criterios de selección y a su utilización no desde la lógica jurídica de relación entre la decisión empresarial y el concreto puesto de trabajo a extinguir sino desde un planteamiento puramente económico y vinculado a la reestructuración de la gestión y organización de la empresa, desvinculados pues de la necesidad de justificarlos para cada extinción

individualmente considerada, que las medidas adoptadas sean proporcionalmente adecuadas, con criterio de ponderación, a la necesidad de corregir la situación económica negativa.

Último, y no menos importante, es el tercer criterio, la necesaria proporcionalidad y ponderación entre la medida adoptada y la necesidad alegada por la empresa para cambiar su situación económica negativa. Pues bien, no de está de más reseñar que un primer argumento de la Sala para afirmar que la decisión empresarial no respeta esa proporcionalidad y ponderación es el hecho de que la gran mayoría del personal afectado estaba sometido a convenio, mientras que es muchísimo menor el afectado que se encontraba excluido de su aplicación, afirmando que a partir de este dato, de esa "premisa", "puede llegarse a la conclusión de que el recurso al despido masivo no está justificado porque la causa no está bien ponderada y el resultado no es razonable a la causa económica alegada". No hay correspondencia entre la entidad de las causas económicas y el número de extinciones planteados, algo que implica "no causalizar las (extinciones) que resulten desproporcionadas". Por consiguiente, sí que tiene que haber causa para extinguir uno o muchos contratos, y no basta para justificar la decisión con que se argumente que se trata de una medida racional de la empresa para corregir una situación económica negativa (o de pérdidas), es decir para corregir "una determinada patología empresarial". No hay relación, según la Sala, entre los objetivos perseguidos por la empresa y la medida adoptada.

Por fin, la Sala concluye que la idoneidad de la medida no se observa cuando una reducción de un presupuesto público, "que es insuficiente y congénito a un servicio público", entre un 5 y 10 % lleva a una decisión de tal calado e importancia como la que se adoptó en su momento por la empresa. Observación-afirmación que tiene más importancia de la que pueda parecer por ser despachada en cuatro líneas, ya que cuestiona con claridad que la estabilidad presupuestaria puede ser siempre, y sin ningún condicionamiento, una razón que justifique las extinciones contractuales.

**III. Estudio de la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2014.**

1. Paso ahora ya al estudio de la sentencia del TS, cuyo resumen o síntesis oficial es el siguiente: "Asunto: Telemadrid. Despido colectivo. Ente público televisión Madrid. Naturaleza jurídica del ente y sus sociedades. Grupo de empresas a efectos laborales. Documentación obligada. Obligación de negociar de buena fe. Causa económica. Designación de trabajadores afectados. Se confirma la declaración de "no ajustado a derecho". Votos particulares". Por su parte, el texto de la nota oficial sobre la sentencia delgabinete de comunicación del Poder Judicial fue el siguiente: "El Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha confirmado el fallo del TSJ de Madrid, de abril de 2013, que consideró el despido colectivo no ajustado a derecho, reconociendo a los trabajadores una indemnización de 45 días por año, en el cómputo de la antigüedad hasta la reforma laboral de 2012, y de 33 días a partir de ésta. El Supremo ha desestimado los recursos, tanto del Ente Público RTVM, como de los sindicatos CCOO, UGT y CGT. Estos últimos solicitaban la declaración de nulidad del despido, que no ha sido atendido por el alto tribunal. La decisión del Pleno de la Sala se ha adoptado por mayoría con votos particulares".

La sentencia debe dar respuesta a los recursos interpuestos por la Federación de Servicios a la Ciudadanía de CC OO, la Federación regional de servicios UGT-Madrid, y la CGT, por una parte, y a los presentados por Televisión autonomía Madrid SA, Radio autonomía Madrid SA, y Ente público Radio Televisión Madrid, por otra. Recuerdo, porque ya lo he indicado al inicio de mi exposición y es suficientemente sabido y conocido que la Sala desestima todos los recursos y confirma la sentencia recurrida, haciendo suya la tesis defendida por el Ministerio Fiscal que se manifestó en su preceptivo informe en el sentido de interesar "la desestimación de la totalidad de los recursos formulados en su día contra la sentencia".

2. El TS procede en el fundamento jurídico segundo (con resolución previa de una cuestión formal relativa a la posibilidad de formar parte de la Sala un magistrado que estaba disfrutando de permiso de paternidad) a efectuar una síntesis de los hechos probados de la sentencia de instancia, de la que me quedo ahora con la afirmación de que el TSJ madrileño basa su decisión de declarar la improcedencia de los despidos "en la falta de proporcionalidad de la medida, en función del extenso número de contratos al que afecta y de que se excluye de la misma a los contratos con más alta

incidencia en los gastos de personal, a lo que se suma el que no es suficiente para justificar el despido la acreditada reducción presupuestaria de entre un 5% y un 10 %". En el fundamento de derecho tercero hace un amplio resumen del contenido de los distintos recursos interpuestos, y ahora me interesa destacar (por la consideración que tendrá en el voto particular que considera que debió declararse la procedencia de los despidos) el argumentado por TVAMy RAM de incongruencia de la sentencia "por haber fundado la calificación del despido colectivo en una causa no invocada por las empresas", ya que, siempre según las recurrentes, la Sala considera como tal causa la restricción presupuestaria, mientras que para aquellas "es la situación económica insostenible en la que se encuentra al no poder disponer de partidas presupuestarias extraordinarias".

Por último, y antes de entrar a resolver sobre todas las cuestiones planteadas, la Sala resume de forma didáctica las cuestiones planteadas, que giran en buena medida alrededor de la naturaleza jurídica del ente público y la legitimación para instar un despido colectivo que afecta también a las dos empresas del grupo. Para la Sala, las peticiones de nulidad de los despidos formuladas por las organizaciones sindicales se basan en "Incumplimiento del requisito de aportar junto con la comunicación empresarial de apertura del periodo de consultas la documentación recogida en el art. 4 del RD 1483/12. Falta de buena fe en el periodo de consultas. Incumplimiento del requisito de indicación de los criterios para la selección de trabajadores afectados por la extinción colectiva de contratos. Falta de suscripción de un convenio especial con la seguridad social para los trabajadores mayores de 55 años. Incumplimiento de la regla de permanencia en las empresas del personal laboral fijo. Defectos en el Plan de recolocación externa elaborado por la entidad pública. Y finalmente en la inexistencia de causa económica y fraude de ley". Por otra parte, las empresas recurrentes "plantean la incongruencia omisiva de la sentencia impugnada y la concurrencia de causas justificativas del despido colectivo".

3. Es a partir del fundamento jurídico quinto cuando la Sala procede ya a examinar los motivos aducidos en los recursos, entrando en primer lugar a conocer de la alegación formulada por la parte empresarial respecto a la incongruencia alegada, ya que de ser estimada no sería necesario entrar en el análisis de los restantes motivos; alegación que se sustenta en la presunta infracción del art. 218.1 de la Ley de EnjuiciamientoCivil ("Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate") en relación el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 de la Constitución, por entender que no se ha resuelto sobre la auténtica causa económica alegada, las restricciones presupuestarias. La Sala recuerda en primer lugar los hechos probados de la sentencia de instancia para a continuación realizar un amplio repaso jurisprudencial de aquello que debe entenderse por congruencia e incongruencia de una resolución judicial, llegando a la conclusión de que no ha existido la incongruencia alegada por cuanto que "la sentencia recurrida resuelve todos las cuestiones objeto de debate", siendo cuestión distinta que la resolución fuera en sentido desfavorable a las tesis de las ahora recurrentes.

4. El fundamento jurídico sexto procede al examen de la revisión de hechos probados (art. 207 d LRJS) solicitada en los distintos recursos interpuestos, con sólo la estimación de una revisión demandada por la CGT. Buena parte de la desestimación de las peticiones formuladas por CC OO se debe, según la Sala, a la aportación de pruebas periciales que no son válidas a los objetos de este recurso de casación, además de razonar sobre algunas de ellas que son intranscendentes para la resolución del litigio. Desde el plano estrictamente procesal, me sorprende que no sea considerada prueba documental la aportación del Diario de Sesiones de la Asamblea de Madrid donde se recogen las declaraciones del director general del Ente público, ya que para la Sala aquello que importa, parece, son las manifestaciones del citado responsable; por decirlo con las propias palabras de la sentencia, "la prueba en la que se fundamenta la pretendida adición no es prueba documental propiamente dicha pues se limita a recoger unas manifestaciones vertidas por el Director General en una comparecencia en la Asamblea de Madrid, de la cual la Sala de instancia, en la sentencia ahora recurrida efectuó la correspondiente apreciación y valoración, que a través de este procedimiento no puede ser objeto de revisión".

En cuanto a las revisiones solicitadas por CGT se acepta (no habiendo debido ser así según el voto particular que defiende la procedencia de los despidos) aquella que a su juicio demostraría que la situación económica era positiva y no negativa, si bien la Sala lo hace "sin perjuicio de su valoración final". En concreto se adiciona al hecho probado sexto de la sentencia de instancia el siguiente párrafo: "4.- Los ingresos por contrato programa, de enero a octubre de 2012 ascendieron a 110,62 millones de euros. El beneficio de explotación (EBITDA) del Ente Público y sus sociedades en ese periodo fue de 18 millones de euros y el beneficio neto de ese mismo periodo fue de 5,3 millones de euros".

Respecto a las revisiones solicitadas por las empresas recurrentes, al igual que por el ente público, todas son desestimadas por considerar que todos los datos económicos que se pretenden incorporar desde el año 2005 no alterarían las conclusiones a la que llegó la sentencia de instancia, es decir "la falta de proporcionalidad entre resultados económicos negativos y la plantilla que se ha visto afectada como consecuencia del despido colectivo". Tesis sustancialmente contraria será la defendida en el voto particular ya citado, que valorará la importancia de estas aportaciones para reforzar la existencia a su parecer de razones económicas que justificarían sobradamente la procedencia de los despidos. A modo de cierre de la fundamentación de las argumentaciones efectuadas por la Sala para rechazar las revisiones pedidas, se recuerda que aquello que las partes han pretendido es que el TS realizara una nueva valoración de la prueba que satisficiera a los respectivos intereses, olvidando que no estamos ante un recurso de apelación sino de casación, "y olvidando también que en el proceso laboral la valoración de la prueba en toda su amplitud únicamente viene atribuida por el artículo 97.2 del invocado Texto procesal al juzgador de instancia (en este caso a la Sala "a quo"), por ser quien ha tenido plena inmediación en su práctica".

5. La Sala entra a partir del fundamento de derecho séptimo, o más exactamente a partir del macrofundamento octavo, en las alegadas infracciones de normas jurídicas (art. 207 e LRJS: "Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate"). Dado el amplísimo número de infracciones alegadas, que afectan a prácticamente todo el contenido de la sentencia recurrida, que sitúa al TS ante un asunto de indudable complejidad como la propia Sala reconoce, esta opta por seguir la misma técnica procesal que ha seguido al responder a las peticiones de revisión de hechos probados, esto es "resolviendo las cuestiones planteadas en los recursos formulados de forma conjunta, a efectos de facilitar la inteligibilidad de la sentencia que se dicta".

A) Se aborda en primer lugar el debate suscitado sobre la naturaleza jurídica del Ente público TeleMadrid y sus sociedades. Remito a mi comentario a la sentencia de instancia sobre los distintos pareceres de las partes, unas defensores del encuadramiento del Ente dentro del concepto de Administración Pública (parte sindical), y otras (parte empresarial) que argumentan su ubicación en el sector público pero no en las AA PP, y su sometimiento en el ámbito laboral al derecho privado, tesis esta última que fue la acogida en instancia de acuerdo a la condición jurídica de sociedad mercantil recogida en su norma de creación. Para responder a la cuestión suscitada, la Sala repasa la normativa autonómica de aplicación, la disposición adicional 20ª de la LET y el título III del Real Decreto 1483/2012, incorporando también a su análisis el Reglamento (CE) 2223/96 delConsejo, de 25 de junio, relativo al sistema europeo de cuentas nacionales y regionales de la Comunidad. Del análisis conjunto de toda la normativa referenciada concluye en idéntico sentido que la sentencia de instancia, es decir que se trata de una sociedad mercantil que ha sido creada para satisfacer necesidades de interés general, incluida dentro del sector público pero que no tiene la consideración de AA PP, al que se le aplican en materia de despido colectivo las normas de derecho privado, no quedando encuadrada dentro de apartado 3.2 de la Ley de contratos del sector público, de la LET y sí dentro del apartado 3.1 h) ("h) Cualesquiera entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia").

B) A continuación se debate sobre la legitimación del grupo de empresas para instar un despido colectivo y la existencia del grupo empresarial. Para la sentencia de instancia quedó probada la

existencia del grupo a efectos tanto mercantiles como laborales, es decir estimó la tesis de las entonces codemandadas. Para abordar esta cuestión la Sala acude al concepto más recientemente acuñado de grupo de empresas, con una muy extensa cita de la sentencia de 19 de diciembrede 2013, para concluir con la defensa de la tesis de instancia respecto a la existencia del grupo y por consiguiente su legitimación para negociar, lo que conllevará que para la valoración de la causa alegada deberán examinarse la totalidad de las empresas del grupo. Para la Sala, la existencia del grupo de empresas a efectos laborales se da en cuanto que "Se constata la existencia de un único presupuesto, de un domicilio único, de una financiación conjunta, de un administrador único y de un único Convenio Colectivo aplicable tanto al Ente Público como a las dos sociedades mercantiles instrumentales, en definitiva un funcionamiento integrado de las empresas. Además, el propio Convenio Colectivo prevé en su art. 9 la posibilidad de que los trabajadores de una sociedad presten servicios en la otra o en el Ente".

De la sentencia de 19 de diciembre reproduzco, por su vinculación con el comentario actual, unfragmento de mi comentario en una entrada anterior del blog: "La sentencia, de marcado carácter doctrinal junto con la resolución del caso concreto, desestimará igualmente el recurso en este punto, tras efectuar una "ordenación o reconstrucción" de aquello que califica de "complejo entramado societario de autos", tras realizar una moderada, pero clara (¿era necesaria?) crítica a la sentencia de instancia al afirmar que "algunas referencia de hecho que constan en la (sentencia) recurrida no tienen la deseable precisión". Como he dicho, la sentencia tiene una parte de su contenido marcadamente doctrinal, cual es el estudio de la figura jurídica de la Asociación de Interés Económico (AIE) y la explicación detallada de su regulación por la Ley 12/1991 de 29 de abril, en cuyo preámbulo, y lo destaco ahora por el interés que tiene para la resolución del litigio, se explica que "constituye una nueva figura asociativa creada con el fin de facilitar o desarrollar la actividad económica de sus miembros. El contenido auxiliar de la Agrupación sigue el criterio amplio que esta figura ha tenido en la Europa Comunitaria, y consiste en la imposibilidad de sustituir la actividad de sus miembros, permitiendo cualquier actividad vinculada a la de aquéllos que no se oponga a esa limitación. Se trata, por tanto, de un instrumento de los socios agrupados, con toda la amplitud que sea necesaria para sus fines, pero que nunca podrá alcanzar las facultades o actividades de uno de sus miembros..". A continuación la sentencia procede a recordar, y reiterar, la jurisprudencia de la Sala con respecto al grupo de empresas, y en concreto a cuando debe predicarse la existencia a efectos laborales, es decir qué requisitos o presupuestos deben darse, siguiendo en gran medida la sentencia de 27 de mayo de 2013 y que mereció ya atención detallada por mi parte en una anterior entrada del blog. En cualquier caso, y por el interés que la sentencia ahora comentada dedica a los llamados "elementos adicionales" que determinan la responsabilidad del grupo a efectos laborales, justamente para rechazar los argumentos de las recurrentes que pregonaban su existencia, vale la pena reproducir qué dice la Sala: "1º) el funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, manifestado en la prestación indistinta de trabajo -simultánea o sucesivamente- en favor de varias de las empresas del grupo; 2º) la confusión patrimonial; 3º) la unidad de caja; 4º) la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, con creación de la empresa «aparente»; y 5º) el uso abusivo -anormal- de la dirección unitaria, con perjuicio para los derechos de los trabajadores".

C) Una vez aceptada la consideración jurídica de empresas del sector públicos y sometidas en el ámbito laboral a la normas de derecho privado (es decir, básicamente la LET y el TD 1483/2012 como normativa estatal), así como mantenida la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales y su legitimación para negociar, la Sala procede ya al examen de todos los numerosos defectos formales alegados, abordando en primer lugar la queja sindical sobre la falta de entrega de la documentación a la que estaba legalmente obligada la empresa, básicamente de índole económica y que guarda lógicamente relación con la tesis de que se trata de empresas ubicadas en el ámbito de las AA.PP, y al haberse rechazado esta tesis decae también este motivo del recurso por hacer suya la Sala la tesis de la sentencia de instancia de que la documentación presentada fue correcta, en el bien entendido además, y creo que la aportación del TS es un mero obiter dicta sin mayor valor para la resolución del caso, que la Sala recuerda su doctrina flexible sobre la documentación que debe entregarse en el momento de inicio de un despido colectivo, recordando, con cita de su sentencia de 27 demayo de 2013, que "no todo incumplimiento de las previsiones contenidas en aquel precepto puede alcanzar la consecuencia

de nulidad que se pueda desprender del art. 124 LRJS, sino tan sólo aquella que sea trascendente a los efectos de una negociación adecuadamente informada". Para la Sala, se han cumplido las obligaciones previstas en el art. 4 del RD 1483/2012 "para los despidos por causas económicas" (Subrayo este dato porque justamente la tesis del voto particular a favor de la nulidad de los despidos es que nos encontramos en presencia de un despido por causas organizativas y no económicas), y así deja constancia…, sin perjuicio de apuntar ya que una cosa es la entrega de la documentación y otra que la causa exista.

D) De mucha enjundia es el debate, ya ampliamente suscitado en instancia, sobre la existencia de buena fe negociadora por la parte empresarial y si se ha producido un fraude de ley (recordemos que las decisiones de los despidos se producen varios meses después de que se planteara la reorganización de la actividad empresarial, o más exactamente la adopción de un nuevo modelo organizativo en el que la externalización de buena parte de la actividad que anteriormente llevaban a cabo las empresas integradas en el Ente tendrían un papel relevante). En el repaso que la Sala hace de las argumentaciones de las partes y de la sentencia de instancia me interesa destacar que se recoge la tesis de la sentencia recurrida de que si bien se rechaza la falta de buena fe negociadora por parte empresarial "califica de desleal el argumento empresarial relativo a que la externalización de la prestación de servicios de emisión de señal de TV sea provisional, dado que el propio Ente sostiene que tal medida es imprescindible para lograr el equilibrio en sus finanzas". Desde luego, a mi parecer queda suficientemente claro que el nuevo modelo organizativo estaba planificándose, como mínimo, desde mayo de 2012, mientras que la presentación del procedimiento de despido colectivo se llevó a cabo varios meses más tarde, exactamente el 5 de diciembre.

Delimitado el objeto del debate jurídico, la Sala repasa su consolidada doctrina jurisprudencial sobre el deber de negociar de buena fe, con amplias citas de varias de sus sentencias y también de la dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 16 de julio de 2009 (AsuntoC-12/08). El deber de buena fe se configura, por citar la sentencia del TS de 16 de noviembre de 2012, "…no como un mero trámite preceptivo, sino como una verdadera negociación colectiva entre la empresa y la representación legal de los trabajadores, tendente a conseguir un acuerdo, que en la medida de lo posible, evite o reduzca los efectos de la decisión empresarial, así como sobre las medidas necesarias para atenuar las consecuencias para los trabajadores de dicha decisión empresarial, negociación que debe llevarse a cabo por ambas partes de buena fe". Una vez recordado el soporte jurídico del deber de buena fe y la obligación de las partes negociadoras de respetarla, la Sala recuerda el contenido de los hechos probados en instancia, donde subraya el carácter desleal de la actuación empresarial que planteó como provisional algo que el TSJ no consideró como tal, y que ahora la Sala debe abordar si es así y qué impacto tiene sobre la petición de declaración de nulidad de la sentencia de instancia, es decir "si se mantiene como tesis causal la externalización de los servicios que EPRTM consideró externalizables en su propuesta de reducción de gasto para obtener el obligado equilibrio financiero en 2013", debiendo tener presente además que se ha modificado el hecho probado sexto con la incorporación de datos que a juicio de la recurrente (en este caso la CGT) demostrarían la situación económica positiva de la empresa".

Como en una buena película de intriga, la Sala no da aún respuesta a la cuestión debatida, ya que considera necesario poner en relación los datos anteriores con todo lo que se ha dicho en el apartado anterior (la doctrina jurisprudencial sobre la buena fe) y aquello que se expondrá a continuación, argumentando que "será la conjunción de las circunstancias concurrentes que pudiere, en su caso, llevar a una concreta calificación del actuar empresarial".

Dicho "apartado posterior" es el examen de la existencia o no de fraude de ley en la actuación empresarial, fraude de ley que ha sido examinado con toda rigurosidad en la importante sentencia relativa a los despidos colectivos de los agenteslocales de promoción de empleo del consorcio territorial de Sierra Morena enAndalucía de 17 de febrero de 2014 (por cierto, aun pendiente de ejecución al igual que las restantes que se han dictado con idéntico resultado y dirigidas a otros grupos de ALPES), de la que transcribe gran parte de su argumentación jurídica. Sobre esta importante sentencia de los ALPES reproduzco un fragmento de mi comentario anterior: "… la sentencia tiene un marcado carácter doctrinal de indudable interés, siendo hasta donde mi conocimiento alcanza la

primera sentencia del TS tras la reforma laboral de 2012 que aborda de manera exhaustiva la figura jurídica del fraude de ley y sus efectos en punto a la declaración de nulidad de la decisión empresarial. Es cierto que la petición de nulidad no sólo fue planteada por la recurrente con respecto al posible fraude de ley, sino también por incumplimiento de varias de las obligaciones empresariales con respecto a cómo se inició el procedimiento de despido colectivo y durante el período de consultas. Ahora bien, la Sala entra a valorar y examinar en primer lugar las relativas al posible fraude por considerar, con razonable criterio procesal, que si existe este ya no tendría razón de ser el examen de las otras causas de nulidad alegadas, argumentando que "en un plano ontológico, parece razonable decidir antes la corrección del acto en sí mismo atendiendo a su finalidad, que atender a su validez formal". Y es aquí donde sienta la nueva e importante doctrina con respecto a la consideración del fraude de ley como causa de nulidad de la decisión empresarial. ..

Es cierto que la decisión extintiva puede impugnarse según art. 124.2 LRJS porque se haya adoptado, entre otros supuestos, en fraude de ley, pero esa posibilidad no aboca, en caso de producirse, a la declaración de nulidad de la sentencia si nos atenemos a los términos literales del art. 124.11, ya que esta se predica de determinados incumplimientos formales o por vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas. Pero no lo es menos que el fraude de ley tampoco está incluido entre los supuestos que pueden llevar a declarar que la decisión empresarial es no ajustada a derecho, calificación jurídica que se reserva para los casos de inexistencia de causa. Por consiguiente, parece que el legislador dejó la puerta abierta en la Ley 3/2012 (me pregunto si de forma voluntaria o no, algo a lo que la Sala responderá considerando que no lo fue) a que el fraude de ley pudiera tener un determinado efecto jurídico u otro, aunque sin duda no hay que olvidar, y así lo hará la Sala más adelante en su razonamiento, la importancia del art. 6.4 del Código Civil respecto a delimitar los efectos jurídicos de la conducta fraudulenta por parte empresarial. Para la Sala, no tiene mayor importancia, por considerar que esa circunstancia obedece "… a simple omisión y no a voluntad deliberada alguna", que en el art. 124.9 de la LRJS en la modificación operada por el RDL 3/2012 sí se incluyera el fraude ley como causa de nulidad, mientras que no lo recogiera el citado precepto (ahora en su apartado 11) tras la tramitación parlamentaria que llevó a la aprobación de la Ley 3/2012…".

Del examen de los hechos probados el TS concluye que la presentación de la propuesta de despidos colectivos fue con alegación de causas económicas, las restricciones presupuestarias y unidas a la reducción de ingresos comerciales y el alto grado de endeudamiento existente con entidades financieras, pero que realmente (insisto, no lo digo yo ahora sino que lo dice la sentencia) "por el Ente y sus sociedades para la adecuación de la estructura empresarial, se procedió a la elaboración de un "nuevo modelo" empresarial, que comportaba la externalización de servicios, y que justificaba la extinción de los 925 contratos de trabajo", nuevo modelo que justificaría precisamente la necesidad de extinguir dichos contratos.

De esta constatación realizada por la Sala cabría inferir que podría aceptarse la petición de nulidad de la sentencia por haberse llevado a cabo el trámite de consultas con clara vulneración de la normativa vigente, al estar debatiendo sobre unas causas económicas cuando en realidad estaríamos ante unas causas organizativas (y así se recogerá en el voto particular que considera que debió declararse la nulidad de la decisión empresarial)… pero no es así, y muy sorprendentemente a mi parecer la Sala adopta un enfoque meramente formalista y argumenta que dado que la empresa alegó una causa económica y no organizativa para proceder a los despidos no puede aceptarse la tesis de nulidad de la decisión empresarial, es decir no se acepta que haya habido fraude ley y falta de buena fe por parte empresarial en la negociación, aunque sí se mantiene (pero me pregunto para qué sirve a efectos jurídicos) la calificación de desleal que la actuación empresarial mereció a la sentencia de instancia. Y las dudas de la Sala debieron ser importantes porque aunque sea en otro apartado del mismo fundamento jurídico, la Sala defiende que la empresa presentó el despido con alegación de causas económicas y que por ello ha de partirse de la alegación de la empresa… pero poco antes el mismo párrafo en el que se incluye esa frase empieza de la siguiente, y muy clara, manera: "sin perjuicio del componente de causa organizativa que pueda tener la medida adoptada por la empresa…".

Me sigo preguntando si vale sólo responder por la Sala con la alegación de que como la causa económica es la alegada por la empresa sólo cabe entrar a conocer de su justificación, y creo que la

respuesta debe ser negativa en cuanto que la Sala ha de entrar a conocer de la existencia y justificación de la causa o causa que se aleguen para proceder a los despidos, pero en modo alguno queda enconsertada o condicionada por la alegación empresarial cuando del conjunto de hechos probados se deduzca que la auténtica causa del despido es otra u otras distintas de las alegadas.

Repárese, y lo digo pensando en casos que puedan suscitarse a partir de ahora ante los tribunales, que de prosperar la tesis extraordinariamente formalista de la Sala, sería muy difícil, por no decir que imposible, argumentar que detrás de la causa alegada por la parte empresarial existen otras que son las reales y verdaderas. Que el debate sobre esta cuestión debió ser duro e intenso, creo que queda reflejado en una manifestación del párrafo en el que se rechaza la petición de nulidad, y que por su interés reproduzco literalmente: "Sobre la oportunidad de tal externalización, respecto a la que consta que forma parte de un "nuevo modelo" empresarial que en su caso podría estar amparado en causas organizativas, la Sala no debe pronunciarse, pues la causa alegada, como queda dicho, es la insuficiencia presupuestaria, causa de naturaleza económica –no organizativa-, por ello expresando el parecer de la mayoría de la Sala, la conducta empresarial no puede calificarse en fraude de ley que daría lugar a la nulidad del despido colectivo, ni tampoco puede afirmarse que haya existido ausencia de buena fe en la negociación".

E) En su largo, extenso y detallado análisis de los recursos (algo que hay que agradecer en especial, me imagino, a la ponente de la sentencia, con independencia de estar o no de acuerdo con su contenido), la Sala se detiene a continuación en el examen de las quejas formuladas sobre la designación de los trabajadores afectados, reproduciendo gran parte de lo probado en instancia sobre esta cuestión, de cuya sentencia conviene recordar que manifestó que "En definitiva, se observa una selección totalmente atípica en la que no se ha realizado concreción alguna de los trabajadores afectados; y en la mayor parte de las áreas en que se externalizan la práctica totalidad de servicios, no obstante ello, se mantienen los puestos de sus responsables".

Nuevamente el enfoque de la sentencia del TS es muy formalista, poniendo el acento en que aquello que pide la norma a la parte empresarial, y que en caso de no hacerlo podría suponer la nulidad de la decisión empresarial, es la aportación de los criterios de aplicación, y como la empresa sí los ha aportado no procede declarar la nulidad, "con independencia de la valoración que pueda hacerse de los mismos" y sin perjuicio del derecho del trabajador afectado que considere que la decisión empresarial no es conforme a derecho a accionar por la vía de la reclamación individual del art. 124 de la LRJS.

Me pregunto si con esta tesis, nuevamente formalista en exceso, qué sentido puede tener plantear la nulidad no ya por inexistencia de criterios sino porque estos no son conformes a derecho. Y por poner un ejemplo bien concreto, y que sin duda tendrá que abordar la Sala en el recurso de casación interpuesto por TRAGSA contra la sentencia de la AN de 28 de marzo, y a cuyo extenso comentario por mi parte me permito ahora remitir, cuando la nulidad de los despidos se ha declarado justamente porque no se ha respetado la normativa de los criterios de selección ¿cómo responderá el TS? ¿Aceptará acaso el recurso porque se han cumplido las formas pero en absoluto el fondo según la sentencia de instancia? Dejo aquí planteada mi duda.

En relación con la selección de trabajadores, la Sala rechaza la queja de no respeto de la prioridad de trabajadores fijos y hace suya la sentencia de instancia en cuanto que tal prioridad se predica para el personal de las AA PP, siendo así, como se ha argumentado desde el inicio de la respuesta a los recursos, que no nos encontramos en tal supuesto, y nuevamente con recordatorio del derecho del trabajador individualmente afectado a accionar ante los tribunales al amparo del art. 124 de la LRJS si entiende que no se han respetado los criterios de preferencia. También se acepta la tesis de instancia sobre la inexistencia de nulidad en caso de incumplimiento, total o parcial, de la obligación de presentar un plan de recolocación externa, incumplimiento que no está contemplado como causa de nulidad en el art. 9 del RD 148/2012 y del que además, en este caso, concreto, quedó constancia en hechos probados de que fue mejorándose por la empresa durante la tramitación del período de consultas, por lo que Sala entiende que dicho Plan "cumple los requisitos mínimos de la norma reglamentaria".

F) Otro núcleo duro de la sentencia se encuentra los apartados octavo noveno y décimo del macrofundamento jurídico octavo, dedicados al estudio de las causas aducidas para justificar los despidos, en su caso la falta de concurrencia de las presentadas, y el control judicial de la decisión empresarial (no recuerdo una vez más, para no hacerme pesado, el intento del legislador del RDL 3/2012 y de la Ley 3/2012 para limitar la intervención judicial, intervención que por otra parte no necesariamente ha de ser "pro-trabajador" sino que puede ser claramente "business friendly", es decir de apoyo a la libertad de empresa como eje central alrededor de la cual deben girar, y depender de ella, las reformas de la normativa laboral, como puede observarse en algunas sentencias). Encuentro en el apartado octavo una cierta reiteración del debate ya habido con anterioridad sobre la existencia o no (para la mayoría de la Sala no existe) del fraude de ley, por lo que me remito a los comentarios anteriores. En cuanto a las alegaciones de la parte sindical no sólo sobre la oculta causa del despido, la reestructuración y reorganización del ente público, sino también sobre la necesidad de no regirse por un estricto criterio de rentabilidad (entiendo que económica) al tratarse de un servicio público, y las alegaciones de las empresas codemandadas sobre las obligadas restricciones presupuestarias por la aplicación de la Ley orgánica 2/2012, la Sala confirma la sentencia de instancia por considerar la tesis más ajustada a derecho la decisión adoptada por la misma de entender existente una situación negativa pero no de tal calado que obligue a una reducción de 925 trabajadores sobre un total de 1161 de la plantilla, no existiendo por consiguiente la proporcionalidad adecuada entre las causas alegadas y el número de despidos efectuados.

Respecto a la insuficiencia presupuestaria, y su distinta valoración sobre si ya existía varios años antes de la tramitación de los despidos o ha encontrado sustancialmente su punto de referencia en la necesidad de cumplir con la normativa de disciplina presupuestaria, la Sala acoge la respuesta de la de instancia, añadiendo, como respuesta a la argumentación empresarial, que "a pesar de que en los ejercicios anteriores a la entrada en vigor de la Ley 6/2012 que modifica la Ley General de Comunicación audiovisual y obliga a cumplir el principio de equilibrio y sostenibilidad financiera, las aportaciones presupuestarias no estaban limitadas, lo cierto es que la situación anterior a la modificación normativa ya era de endeudamiento patológico, por lo que no es posible alegar tal circunstancia como causa de despido".

En sus consideraciones sobre si concurre o no la causa económica alegada, la Sala recuerda los tres pasos que debe cumplir la empresa tras la reforma laboral de 2012 para justificar los despidos, y que ya han merecido mucha atención en sentencias de la AN y de los TSJ: que exista la situación económica negativa, que impacte sobre los contratos de trabajo que serán extinguidos por la amortización de los puestos de trabajo que ocupaban los trabajadores afectados, y que exista "la adecuada proporcionalidad de las medidas extintivas adoptadas para responder a esa necesidad". De la argumentación de la Sala, que creo que hubiera podido llevar a la declaración de nulidad de los despidos, me quedo con su análisis del primer requisito, la situación económica negativa, y su tesis de que su existencia no debe confundirse con la causa extintiva alegada por la empresa, y mucho más (¿no se está refiriendo la Sala una vez más a la existencia de causas organizativas aún sin nombrarlas?) cuando aquello que pretende conseguir la empresa es "un equilibrio financiero del Ente a través de una fórmula de descentralización, y así aprovechando la reducción presupuestaria, impuesta por la Ley, lo que se está articulando es una reestructuración contable". En cuanto a la tercera, que no existe adecuación, idoneidad, proporcionalidad (el uso de las palabras cada vez baila más según las distintas sentencias, aunque no creo que afecte al fondo de la cuestión) entre las medidas adoptadas y las causas alegadas.

La Sala, con buen criterio a mi parecer en este punto y siguiendo la tesis de la sentencia de instancia, desestima la alegación empresarial de tratarse de una medida adecuada sin pretender entrar en modo alguno en las decisiones que adopte la empresa en el marco de las posibilidades ofrecidas por el ordenamiento jurídico vigente; es decir, la Sala no efectuará "juicio de oportunidad" sobre la decisión empresarial que forma parte de su criterios de gestión, pero sí entrará a valorar si la causa alegada justifica proporcionalmente la medida o medida adoptadas; o por decirlo con las propias palabras de la sentencia, "no compete a la Sala efectuar un juicio de "oportunidad" sobre cuál sea la medida que se debió adoptar, por cuanto ello pertenece a la gestión empresarial. Pero, no basta para acreditar la

causa extintiva con acreditar una reducción en el presupuesto, que es insuficiente y congénito a un servicio público, como se constata de una reducción presupuestaria, entre un 5% a 10%, que en modo alguno justifica la idoneidad de la medida extintiva, pues no es ni plausible, ni razonable, ni proporcional".

En apoyo de esta tesis no está de más recordar (aunque tampoco será merecedor de análisis crítico alguno, sino incluso de aceptación positiva en términos de gestión empresarial, en el voto particular favorable a la estimación del recurso empresarial) que la sentencia recurrida, y ahora la Sala del TS, destacan el mínimo impacto de los despidos sobre los trabajadores altos cargos excluidos del convenio, algo que fue duramente criticado por la representación de la parte trabajadora en la comisión del período de consultas".

En estrecha relación con todo lo anterior (en realidad creo que hay una cierta redundancia en algunos fragmentos de la respuesta de la Sala, aunque nunca será rechazada toda aquella repetición que provoque el reforzamiento de los derechos de las personas trabajadoras) la Sala se plantea la posibilidad de ejercer el control judicial sobre la medida adoptada y responde de manera afirmativa con remisión (amplia) a lo dispuesto en su sentencia de 27 de enero de 2014, para concluir que sin cuestionar la libertad de empresa o de gestión empresarial para adoptar las decisiones que estime más convenientes y mejores para la empresa, las causas alegadas además de ser 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", para concluir que "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".

F) Los apartados decimoprimero y decimosegundo del fundamento jurídico octavo abordan dos cuestiones de menor importancia a efectos de la resolución de litigio, sin descartar la importancia que el segundo pudiera merecer para un número no menospreciable de trabajadores. La falta de suscripción del convenio especial con la Seguridad Social para los trabajadores de 55 años o más que no tuvieran la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967 no está recogida ni en la LET ni en el RD 1483/2012 entre las causas de nulidad de los despidos llevados a cabo, y que además, refiriéndonos a este caso concreto y nuevamente con el enfoque muy formalista del que hace gala la mayoría de la Sala, "Se trata de una obligación que solamente puede ser cumplida cuando se establece un listado personal de afectados, o cuando los criterios de designación posibilitan el conocimiento con nombre y apellidos de los mismos, lo cual no concurre en el presente caso". En cuanto a la hipótesis suscitada por la CGT de haberse vulnerado la normativa legal (art. 44 LET) y convencional (art. 35 del II convenio colectivo de la industria de la producción audiovisual, la Sala rechaza la alegación, tras una muy amplia reproducción de la sentencia de 18 de febrero, en cuanto que entiende que los contratos mercantiles suscritos entre Telemadrid y algunas empresas para la prestación de determinados servicios, sin que anteriormente hubiera relación jurídica entre las mismas, "no supone ni una transmisión ni una sucesión empresarial" de las reguladas en las citadas normas.

La Sala nuevamente se acoge, y en este caso puede considerarse que hay un margen razonable para aceptar su tesis, a una tesis formalista, consistente en entender que para que exista subrogación empresarial debe existir una transmisión de empresa, centro de trabajo o una parte de la actividad con sustantividad propia (no poniendo pues el acento, que sí hubiera sido necesario para otro tipo de negocio, en la incorporación de buena parte de la plantilla de la empresa que anteriormente llevaba a cabo una determinada actividad a la que ha asumido la ejecución de esta). Para la Sala, a modo de conclusión de la argumentación de la tesis que lleva a desestimar el recurso de la CGT en este punto, "se ha transferido la producción de noticias la recepción de señales, la realización de programas y buena parte de su soporte material, pero en todo caso, lo que no se ha transferido es una organización, un conjunto de medios organizados a un fin y este es el factor objetivo necesario para la aplicación de la Directiva y del art. 44 del E.T".

4. Me tomo un corto pero muy merecido descanso tras haber leído, analizado y comentado … 122 páginas de las 165 de que consta el texto que es objeto de mi atención. Una vez recuperado, procedo al

examen de los aspectos más importantes de los dos votos particulares, tan diametralmente opuestos que ponen de manifiesto, por si alguno se había olvidado de ello o tenía desconocimiento de su existencia, las "diferentes sensibilidades" (la neolengua me viene de perlas en esta ocasión) existentes en el seno del alto tribunal.

Realizaré el comentario de los dos votos particulares por el orden de publicación en el texto al que he tenido acceso, siendo el primero, favorable a la estimación de los recursos de la parte empresarial y por ello de declaración de procedencia de los despidos, a cargo del magistrado Aurelio Desdentado, al que se adhieren los magistrados José Luis Gilolmo y José Manual López García de la Serrana. A mi parecer se trata de una "segunda sentencia" con un alto voltaje doctrinal y en el que se pretende dejar sentadas determinadas tesis (algunas sin apoyo jurídico, a mi parecer, en la normativa sustantiva y procesal) que obligarían, caso de ser aceptadas, a un intervencionismo o activismo judicial muy superior al deseado por el legislador de las reformas de 2012 (aunque no digo que no le satisficiera parte de ese activismo, para el que probablemente no habría palabras negativas de los altos cargos del MEySS).

5. El contenido más relevante del voto particular de los magistrados citados en el párrafo anterior, y que concluye afirmando que "consideramos que deben estimarse los recursos de las entidades demandadas para casar la sentencia recurrida y declarar ajustado a Derecho el despido colectivo impugnado", podría sintetizarse a mi parecer en la afirmación de que la actuación empresarial fue plenamente conforme a derecho, por una parte, y que además el TSJ madrileño incurrió en omisión, pero no por las razones aducidas en el recurso empresarial sino por no haber dado una respuesta exacta a su tesis de la falta de proporcionalidad de la medida adoptada, ya que a juicio del voto particular el TSJ hubiera debido "fijar el número de despidos procedente"… pero no podía hacerlo en este caso concreto porque la eventual incongruencia omisiva por esta causa "no ha sido alegada y no puede apreciarse de oficio, ni llevaría a resultado distinto del que aquí se establece en virtud de lo dispuesto en el art. 215.2.b) de la LRJS" (último párrafo del apartado a de la Consideración Jurídica Primera).

A) El voto se pronuncia en primer lugar sobre la revisión alegada de hechos probados en el recurso de la Federación de Servicios a la Ciudadanía de CC OO y en el de la CGT. Respecto al primero, y en relación con un documento debatido como era el Plan Económico Financiero de la Comunidad, concluye que "como señala la parte recurrida, las cantidades que se mencionan no son aportaciones extraordinarias de la Administración autonómica para la financiación del déficit de las entidades demandadas, sino que, por el contrario, se trata de contribuciones de esas entidades al déficit del sector público correspondiente", añadiendo que "aunque las cantidades se consideraran como determinantes de aportaciones al déficit no llevarían a conclusión distinta sobre la viabilidad del proyecto empresarial". Con relación al segundo, aceptado por la sentencia y que a juicio de la CGT demostraría la situación económica positiva de la empresa, el voto entiende que debió desestimarse su adición porque del conjunto de los documentos económicos resultaría "verosimil" la tesis de la sentencia de instancia y también defendida por el Ministerio Fiscal en su informe, mientras que "no es verosímil" que pudiera darse un incremento tan importante de las subvenciones del contrato programa si se presta atención a los datos de 2011 y 2012, remachando su tesis desestimatoria de la estimación de la adición solicitada con la tajante afirmación de que la incorporación de los datos aportados por la CGT "no podría alterar las conclusiones que sobre la situación de las entidades demandadas se realizará en su momento a la vista de la evolución de su gestión económica".

B) El voto particular se suma a la sentencia en cuanto a la no consideración de Administración Pública del ente público TeleMadrid, y en cuanto a la existencia de un grupo de empresas a efectos mercantiles y laborales plantea, sin perjuicio de que no afecta a la resolución del conflicto, que no se darían las condiciones para afirmar la existencia del grupo laboral o patológico porque no se cumplirían los requisitos fijados en la doctrina jurisprudencial más reciente de la Sala de 27 de mayo y 19 de diciembre de 2013, entendiendo que aquello que se ha producido en la práctica, y a partir de los hechos probados, es "simplemente una actuación coordinada de los miembros del grupo; no del grupo como tal", grupo calificado de "peculiar" en atención a la naturaleza jurídica de la entidad dominante y la de los otros miembros".

Sobre la interesante y cada vez más compleja cuestión de los grupos de empresas y su impacto jurídico en los despidos colectivos, hay una aportación teórico-práctica muy reciente del magistrado del TSJ de Cataluña Carlos Hugo Preciado, en la que se pasa revista a la doctrina elaborada por los tribunales tras la reforma laboral de 2012, titulándose la obra "Los grupos de empresa tras la reforma laboral de 2012" (Ed.Bomarzo), y en cuya presentación se afirma, con acierto, que se ha producido una revitalización del debate sobre los grupos de empresa, "sobre todo a partir de las consecuencias procesales que su existencia arroja en los procesos de despido colectivo, pero también, qué duda cabe, en cualquier proceso que se sustancia en el día a día judicial".

C) De mucho calado son las consideraciones formuladas sobre el deber de negociar de buena fe, en las que se recuerda, supongo que a "efectos pedagógicos" para futuros recurrentes y también para ulteriores litigios en donde se debata sobre la misma cuestión (y cada vez son más los casos en los que se plantea), que "frente a lo que pretende el motivo (alegado por CC OO) y parece haberse convertido ya en cláusula de estilo de algunos recursos, las obligaciones de consultar y negociar no son obligaciones de llegar a un acuerdo", o lo que es lo mismo, existe "una obligación de negociar, no de pactar". El profesor Alonso Olea ya puso de manifiesto hace muchos años las diferencias entre negociar y concluir un acuerdo, y ahora parece que algunos desean recordarlo, pero estoy seguro de que todos los sujetos negociadores conocen bien la diferencia y no se les puede criticar que traten de explotar al máximo todas las posibilidades que permite la normativa para llegar a un acuerdo.

Pues bien, en el litigio ahora analizado el voto particular entiende que sí hubo negociación de buena fe por parte empresarial, con contrapropuestas a las realizadas por la parte trabajadora, aunque ciertamente lo más importante, y sin duda polémico a mi entender, de la tesis defendida es la negación, aceptando así la argumentación empresarial, de la mala fe negocial por haber planteado los despidos colectivos en diciembre de 2012 cuando el debate sobre el nuevo modelo organizativo estaba en marcha desde el mes de mayo, realizando una determinada interpretación del art. 51.2 de la LET que parece que no se corresponde con el principio de actualidad de la causa que debe predicarse de la relación entre los despidos y aquella o aquellas, afirmando que "lo que establece el art. 51.2.1º ET es que antes de despedir se abra un periodo de consultas; no exige que cuando el empresario haya decidido despedir se abra inmediatamente ese periodo, pues los despidos efectivos pueden en determinados casos estar alejados en el tiempo de la decisión de despedir; es antes de que esa decisión se manifieste al exterior con efectos jurídicos cuando hay que iniciar el procedimiento de consulta".

D) El voto particular se detiene a continuación en el motivo alegado por la parte sindical (CGT) de abuso de derecho por el carácter desproporcionado de los despidos. Del argumento de los magistrados me interesa resaltar algo en lo que probablemente no reparen quienes no hayan leído la importante sentencia de 17 de febrero de la Sala (a la que han seguido varias más en idéntico sentido) dictada con ocasión de los despidos colectivos de los agentes locales de promoción de empleo en Andalucía y el valor dado al fraude de ley para estimar la nulidad de tales despidos aunque no se haga expresa mención del mismo en el art. 124.11. El voto vuelve (¿sólo en este caso concreto?) a una lectura literal de las causas de nulidad, entre las que no se encuentra la alegada por la parte recurrente. Dejo planteada la duda que me suscita la tesis del voto particular.

Se considera igualmente que no existió fraude de ley que alegaba CC OO "en atención al carácter no limitado de la transferencia de créditos", ya que se entiende que la normativa autonómica aplicable al Ente Público y la normativa laboral permitían la actuación empresarial en los términos en que se llevó a cabo, sin que además exista ninguna norma "que obligue a la Comunidad de Madrid a transferir créditos de otras partidas a las entidades demandadas para mantener un servicio deficitario", e insistiendo al final de su argumentación en la misma tesis ya referenciada en el párrafo anterior y que serviría para acreditar la inexistencia del fraude de ley alegado, "pues es obvio que no se habría excluido ninguna norma que prevea la nulidad del despido acorado".

E) Una vez finalizada la consideración jurídica primera, en la que se ha dado respuesta (negativa) a las argumentaciones de los recursos sindicales tendentes a obtener la declaración de nulidad de los despidos, el voto se adentra, y lo hace con profundidad, en el examen de los recursos interpuestos por el Ente Público y sus sociedades, realizándolo conjuntamente "dada la identidad de su planteamiento".

Es en este bloque donde se encuentra a mi parecer el mayor, y polémico, voltaje jurídico doctrinal que parece querer dejar el camino preparado, insisto, a casos posteriores de los que deba conocer el TS. Y es probablemente su tesis sobre la necesidad de que los tribunales concreten cuántos despidos son procedentes si la sentencia considera que el número propuesto por la empresa es desproporcionado con respecto a la causa alegada (y esto es lo que ocurre en el conflicto de TeleMadrid) la parte más polémica del voto.

El voto entra en el examen de la alegación de incongruencia omisiva por error, alegada por la parte empresarial, entendiendo, de acuerdo con la sentencia, que aquello que la Sala ha efectuado es una argumentación que ha concluido con un resultado que simplemente discrepa del pretendido por el recurrente. Ahora bien, el voto es del parecer que la sentencia sí ha incurrido en incongruencia omisiva pero por un motivo no alegado en el recurso (¿reconstruye el recurso el voto particular?) y que consiste, eso sí se dice que es simplemente obiter dictum, en que la Sala "no ha resuelto sobre toda la oposición deducida por la parte demandada en su integridad". Para los magistrados que han formulado el voto, el grupo demandado sostenía en su recurso "que todos los despidos individuales incluidos en el despido colectivo son ajustados a Derecho", y la sentencia recurrida, "que como veremos, acepta que algunos despidos son procedentes, declara que todos son improcedentes, al calificar como improcedente el despido colectivo en su totalidad".

El fantasma de la polémica suscitadapor la sentencia de "uno o dos despidos colectivos", de 20 de septiembre de2013 (Caso CELSA ATLANTIC), anulada por el auto de 26 de marzo de 2014,que no he encontrado pùblicado aún ni en el CENDOJ ni en las redes sociales, vuelve a aparecer con fuerza, y no es de extrañar dado que quienes suscriben el voto particular formaron parte de la mayoría de la Sala en la citada sentencia y de la minoría en el auto, y además acuden justamente al voto particular del auto para mantener las tesis defendidas en el mismo. Para los magistrados ahora en minoría, "cuando se solicita la declaración de procedencia de todos los despidos acordados se está pidiendo también la misma declaración de algunos de ellos, de forma que si la sentencia considera que no son procedentes todos despidos acordados, pero que sí los son un número inferior de ellos, tiene que pronunciarse declarando la procedencia de estos últimos. Si no se hace así es porque se produce una confusión sobre el concepto de despido colectivo, que se ve como algo único e inescindible y no como la suma de varios despidos individuales".

El voto, de indudable, y extraordinariamente polémico, alcance doctrinal, afirma sin tapujos que su tesis es la "única solución" que se corresponde "con la verdadera naturaleza del despido colectivo", del que destaca, y desde luego no creo que nadie lo ponga en duda, que en su regulación del art. 51.1 de la Ley hay un componente cuantitativo (obviamente, of course, ya que ese componente, añado yo ahora, es el que el legislador ha incorporado para diferenciarlo de los despidos individuales y plurales) para a continuación dar el salto mortal final (de momento sin red jurisprudencial de apoyo, y tampoco normativa – ni estatal ni europea – a mi entender --) y afirmar que "cuando se combate ese despido en su totalidad y se resiste esta pretensión también en su totalidad o en parte, la sentencia deberá fijar el número de los despidos procedentes cuando considera que es excesivo el número de ceses acordado, pero no la totalidad de ellos".

Más aún, a mi entender el voto particular no solo da un salto mortal sin red protectora al reinterpretar el art. 51. 1 de la LET sino que reinterpreta el art. 124.11 de la LRJS que deja meridianamente claro que "Se declarará ajustada a derecho la decisión extintiva cuando el empresario, habiendo cumplido lo previsto en los artículos 51.2 o 51.7 del Estatuto de los Trabajadores, acredite la concurrencia de la causa legal esgrimida", y que "La sentencia declarará no ajustada a Derecho la decisión extintiva cuando el empresario no haya acreditado la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación extintiva".

De aceptarse la tesis del voto particular, me surgen algunas preguntas que traslado a los jueces y magistrados que deberían aplicarla, y también a los sujetos negociadores: ¿Será necesario que el período de consultas acabe, si no hay acuerdo, con más de una propuesta empresarial y en su caso de la parte trabajadora, para que el juzgador, si considera desproporcionada la medida más dura en número de despidos aplique una inferior que también debería quedar recogida en el acta final? ¿Y si

sólo hay una propuesta empresarial cerrada, y rechazo de la parte trabajadora, qué deberá hacer entonces el juzgador si no lo considera proporcionada? Si aceptamos, a efectos meramente dialécticos, que el juzgador deberá decidir, concretar, el número de despidos "procedentes", ¿bastará con indicar el número y después el empleador aplicará los criterios de selección aportado en el período de consultas? ¿Y si hay dudas sobre la conformidad a derecho de esos criterios de selección, o no han quedado suficientemente claros jurídicamente hablando en el período de consultas, qué ocurrirá? En fin, que no sigo, porque me estoy haciendo un lío jurídico…, pero de mucha menor importancia que es el que podría tener el juzgador.

F) El voto particular considera que deberían haberse incorporado todos los gastos de explotación del grupo desde 2005 a 2011, tal como pedía el recurso empresarial, considerando su incorporación relevante en cuanto que disponer de esos datos, que la sentencia, recordemos, considera intrascendentes para resolver el litigio, sería muy útil dado que una mayor amplitud de la serie temporal de gastos e ingresos "resultan más significativas para el análisis de evolución del grupo si parte de un periodo más extenso -2005-2011- que si se limita a los últimos años (2011–2013)", Obsérvese pues la clara discrepancia entre la sentencia y el voto particular en cuanto al carácter relevante de tales datos, aunque el voto particular refuerza su argumentación sobre la validez de los despidos con la tajante afirmación de que "hubiera podido llegarse al mismo resultado sin ellos".

G) Igualmente tiene alto voltaje jurídico la polémica aportación doctrinal sobre la causa del despido, aunque bien es cierto que la tesis defendida por los tres magistrados ya aparece recogida, si no de forma total sí parcialmente, en otras sentencias de la Sala dictadas tras la reforma laboral de 2012, aunque creo que en esta ocasión se refuerza más si cabe que en la (anulada) sentencia de 20 de septiembre de 2013 la orientación favorable a la libertad de empresa como eje alrededor del cual ha de girar la aplicación e interpretación de las normas laborales, en este caso concreto de las relativas al despido colectivo (repárese, por si alguien se ha olvidado de ello, que en el preámbulo de la Ley 3/2012 no se citan preceptos de la Constitución que se refieran directamente a derechos laborales, algo que sería completamente lógico si se repara que es una norma de contenido laboral, pero sí hay una mención expresa al art. 38 al referirse a la intervención de la Administración en la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos y la posibilidad de inaplicación de un convenio colectivo estatutario, intervención que se justifica "en la necesidad de que los poderes públicos velen por la defensa de la productividad tal y como se deriva del artículo 38 de la Constitución Española").

Desde el plano doctrinal, insisto, se argumenta que la situación económica negativa mencionada en el art. 51.2 de la LET es "un concepto abierto", que no queda encerrado en los casos particulares que cita la ley, ni en el supuesto de la regla de automaticidad", tratándose de una situación que expresa "la ruptura del equilibrio de producción de la empresa de una forma que afecta de forma total o parcial el nivel de empleo de la empresa", aceptándose (en este punto hay coincidencia con la sentencia recurrida y creo que con la doctrina mayoritaria) que tal situación por sí sola "no es suficiente para determinar la procedencia de los despidos", sino que debe determinar "la necesidad de reducir la plantilla de la empresa o de cesar de forma total en la actividad y que las medidas extintivas respondan a esa necesidad". La relación entre causa y medida adoptada, la conexión de funcionalidad entre ambas, no ha desaparecido desde luego tras la reforma laboral, si bien el voto particular añade ahora un "plus de flexibilidad" a favor de la parte empresarial, ya que parece dar por sentada la imposibilidad de fijar "de forma exacta" la relación entre la causa y su efecto (es decir la medida adoptada), y ello debe determinar que el órgano judicial, una vez que se haya constado la relevancia de la causa "deje un margen de discrecionalidad al empleador para establecer el alcance y el efecto de las medidas", con lo que la valoración de esa "discrecionalidad", añado yo ahora, sería otro elemento que debería tomar en consideración el juzgador al resolver el conflicto y contrapesar la libertad de empresa y los derechos de los trabajadores.

H) La consideración jurídica tercera lleva a los magistrados firmantes del voto particular a examinar los argumentos en que sustentó la sentencia recurrida la improcedencia de los despidos y que también apoyan la decisión del TS. Es aquí donde los firmantes, además de estar de acuerdo con la situación económica negativa de la empresa acuden a los datos aportados en el recurso empresarial para el período 2005-2011, y que consideraron que hubieran debido incorporarse a los hechos probados,

para enfatizar que el análisis de la serie histórica de la financiación (considerada intrascendente por la sentencia) "… muestra algo más grave: que la actividad empresarial es económicamente inviable", y apoya su argumentación justamente en esas datos y en las limitaciones presupuestarias establecidas tanto en la normativa estatal de general aplicación como en la autonómica específicamente aplicable al ente público. El voto destaca que la viabilidad de este ente público, y de otros cuyos recursos no provengan del mercado en un esquema de autofinanciación (el voto se olvida de que una parte de los recursos derivan de los ingreso por publicidad) "está en función de decisiones políticas externas que se traducen en reglas presupuestarias y financieras, cuyo control no corresponde a este orden social y que además resulta notorio que pueden responder a una reorientación del gasto público en un momento de crisis".

Pero, ¿y si bajo la apariencia de un despido por causas económicas se esconde otro que tiene su razón de ser en la concreción de un nuevo, y externo, modelo organizativo, no habrá que justificar el despido en base a causas organizativas y no económicas, o bien acudiendo conjuntamente a causas económicas y organizativas? Esta es la pregunta que me he hecho en reiteradas ocasiones tras la relectura, primero de la sentencia del TSJ madrileño y de mi comentario a dicha sentencia, y de la lectura posterior de la sentencia del TS, y es la misma que se plantea, y resuelve, el segundo voto particular para considerar existente en realidad un despido por causas organizativas.

Pero volvamos al primer voto particular, el favorable a la tesis empresarial, porque la prevalencia del "interés de la empresa", que parece confundirse, siendo jurídicamente incorrecto, con el interés sólo de una parte de quienes la integran, el empleador, va a manifestarse con mayor claridad si cabe en nuevas aportaciones doctrinales contenidas en el voto, tras poner de manifiesto nuevamente que la sentencia de instancia fue incongruente "por haber declarado improcedente el despido colectivo en su conjunto", al mismo tiempo que, aprovechando que el Pisuerga pasa por Valladolid, criticar tanto la sentencia como las tesis o propuestas de "alguna organización sindical que según el hecho 13º contemplaba una reducción de plantilla de 370 personas". El alto contenido doctrinal del voto, y la defensa de la "función económica" de la relación jurídico-laboral (obsérvese como las aportaciones de la economía han calado en el alto tribunal) se refleja sobradamente a mi parecer en este párrafo que transcribo:

"En el esquema legal, a partir de un determinado punto crítico de pérdidas o de caída de ingresos, hay que considerar razonable la decisión de despedir de forma total o parcial a la plantilla, pues no resulta lógico mantener una actividad que no puede financiarse, ni cabe convertir el enjuiciamiento del despido económico en un análisis y decisión de las alternativas para la superación de la crisis de la empresa. El despido económico se ha definido como un despido en "interés de la empresa" que se justifica cuando se acredita que hay razones objetivas para entender que ese interés requiere la extinción del contrato de trabajo. Es éste un contrato de cambio con prestaciones recíprocas basadas en un principio de equivalencia de beneficios para las partes, lo que significa que el contrato pierde su función económico-social y puede extinguirse desde el momento en que por determinadas circunstancias deja de tener interés o utilidad patrimonial para alguna de las partes, como sucede para el empresario en los casos de los arts. 51 y 52 del ET y para el trabajador en los supuestos de los arts. 40, 41 y 50 del mismo texto legal. El derecho al trabajo que consagra el art. 35 de la Constitución comprende, como ha señalado el Tribunal Constitucional (SSTC 22/1981 y 20/1994), el derecho a no ser despedido sin justa causa y en este sentido obliga a los poderes públicos a establecer una regulación de la extinción del contrato a iniciativa del empresario que respete el principio de causalidad, pero de ello no se deriva que la regulación o la aplicación de las causas económicas del despido deba hacerse imponiendo la continuidad de la relación cuando ésta ha perdido su función económica para una de las partes".

Aún más leña al fuego en defensa de la libertad de empresa, del poder de decisión empresarial y de la imposibilidad, según los firmantes del voto, de un control judicial que impida el ejercicio de una prudente discrecionalidad al empleador en el ejercicio de su poder de dirección: el voto se refiere expresamente a uno de los más polémicos párrafos de la sentencia de 20 de septiembre de 2013 (remito a mi comentario de la misma", para recordar el limitado margen de que disponen los órganos jurisdiccionales tras la reforma laboral para controlar las decisiones empresariales; sentencia por cierto, recordemos una vez que anulada por auto del propio TS, aunque para los firmantes de este voto particular "conserva todo su valor doctrinal, aunque haya perdido el jurisprudencial" (¿dejando

preparado el camino, acaso, para su "recuperación" en posteriores sentencias?), y que ahora concreta, o pretende concretar más aún al afirmar que el "canon de control" de la normativa de 2012 "no es un control de óptimos", de que la decisión empresarial sea la más adecuada "en sentido técnico gestión empresarial o en términos de coste social", sino que se trata de un "control del supuesto de hecho", que consistirá en que el órgano jurisdiccional "debe limitarse a verificar si la situación fáctica es la prevista en la norma para determinar la procedencia del despido, con independencia que pueda ser posible otra que a juicio del órgano que realiza el control resultara más adecuada…". Muy claro, ¿no les parece?

I) La última consideración jurídica del voto particular versa sobre dos cuestiones. En primer lugar, sobre el "carácter no sobrevenido de la causa" al que se refiere la sentencia de la Sala en idénticos términos que la sentencia recurrida, que para el voto particular sí existe, siempre a partir de los datos económicos a partir del año 2005 y no sólo del 2011", si bien debe ser muy clara la conclusión a la que llegan los firmantes tras el estudio de tales datos ya que concluyen con la existencia de ese carácter sobrevenido de la causa "sin necesidad de entrar en detalles", si bien parece que sí entra cuando explica a continuación los motivos de su tesis.

En segundo término, el voto aborda la cuestión del personal afectado por los despidos y el hecho de que un muy alto porcentaje de aquellos (básicamente cargos de dirección) que estaban excluidos del ámbito de aplicación del convenio no hayan sido incluidos en el mismo, y formula "algunas precisiones" sobre esta decisión empresarial y sobre las críticas vertidas en la sentencia recurrida, y mantenidas en la Sala, sobre la distorsión que los criterios aplicados por la parte empresarial han podido tener a la hora de justificar (aunque finalmente no se consideraran determinantes) "el cumplimiento del requisito causal justificativo del despido".

En la lógica de la primacía de la libertad de empresa y del predominio del poder de dirección empresarial siempre que no sea absolutamente arbitrario, no es de extrañar que se defienda la bondad de la decisión empresarial, en la que teóricamente no puede entrarse, ya que el mayor coste de personal (es de Perogrullo, añado yo ahora) se concentra en el personal incluido en convenio (por cierto, sería interesante comparar salarios de convenios y salarios de fuera de convenio, pero parece que esto tampoco tiene interés), para concluir, y aquí que el voto particular "se moja" de forma clara en la defensa de la libertad de empresa en este caso concreto, que si el nuevo modelo de gestión ha optado por la externalización (me pregunto entonces nuevamente si el despido ha tenido lugar por causas económicas o causas organizativas) "parece en principio lógico que la extinción se localice en los trabajos de producción y se mantenga el núcleo directivo y los servicios no externalizados". En cuanto a los criterios de selección, el voto considera que no ha habido vulneración de la normativa de aplicación, y que si algún trabajador se considera indebidamente afectado tiene el cauce de la impugnación individual del art. 124.13 de la LRJS para tratar de defender sus intereses.

6. Respiro nuevamente, descanso unos minutos y vuelvo "al tajo" (ya sé que es una expresión poco adecuada para la neolengua, pero recuerda muy bien cuáles son los orígenes del Derecho del Trabajo y la forma de trabajar, aunque ahora hayamos suplido buena parte de la actividad física por la intelectual) para comentar el segundo voto particular, formulado por el magistrado Jordi Agustí y al que se adhieren los magistrados Fernando Salinas, María Luisa Segoviano y Manuel Ramón Alarcón, comentario que será bastante más breve y no desde luego, ni mucho menos, por la calidad intelectual del mismo, sino porque buena parte de su argumentación se encuentra recogida en comentarios que he ido efectuando a lo largo de mi trabajo y que han destacado la importancia de tomar en consideración las dudas existentes en la sentencia sobre la existencia de causas organizativas detrás de las formalmente presentadas como económicas, poniendo de manifiesto, tal como hará el voto particular, que estamos ante una decisión organizativa empresarial que, sin discutir sobre el poder de decisión empresarial para ponerla en marcha, sí requiere del cumplimiento de unas normas que no son las mismas que para el despido por causas económicas y que además distorsionarían el efecto útil del período de consultas por no estar debatiendo sobre las auténticas causas del despido".

A) El voto particular asume todo el contenido fáctico de la sentencia recurrida y la modificación incorporada al hecho probado sexto por la aceptación de la revisión solicitada por la CGT respecto a la adición de determinado datos económicos que acreditarían la situación económica positiva de la empresa, y

recuerda que todas las demás revisiones solicitadas han sido rechazadas, y efectúa una selección de aquellos hechos probados que a su juicio van a poner de manifiesto "sin ningún género de dudas" que existen dos elementos fundamentales que no fueron tomados en consideración por la posición de mayoritaria de la Sala y que se convirtió finalmente en sentencia; en primer lugar, que la única causa alegada por la empresa es económica, y en segundo término, aunque estrechamente relacionada con la anterior, que "la verdadera causa del despido es organizativa", afirmación que se sustenta en "el cúmulo de datos fácticos acreditados" (véanse las páginas 148 a 156 de la sentencia) que a juicio de quienes comparten el voto "es tan abrumador" que "no puede cuestionarse", si bien cabe destacar que se pone el acento en los criterios de selección o afectación de los trabajadores afectados (recogidos en los hechos probados 14º y 15º), es decir la vinculación entre supresiones de departamentos o áreas de la empresa y adscripción organizativa de los afectados a los mismos. El voto particular recuerda, y no le falta razón, las dudas que tenía la Sala al formar su convicción sobre cuál era la auténtica causa del despido colectivo y de las que he realizado amplia explicación en páginas anteriores, aunque finalmente acogiera la tesis meramente formalista de aceptación de la causa alegada por la empresa.

B) Si la causa real del despido es distinta de la alegada ello llevará a una clara y evidente distorsión del proceso negociador, no sólo por debatir sobre causas no reales sino también porque la documentación aportada (vid. LET y RD 1483/2012) no será exactamente la que debería aportarse por la empresa. Por consiguiente, se producirá aquello que en el voto particular se califica de nulidad del despido "por invocar y sostener causa distinta –económica- de la real –organizativa- para proceder al despido colectivo, y por ende, insuficiencia de la documentación aportada y devaluación del período de consultas (artículo 51. 1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores), artículos 1.2, 5.2 y 7 del Real Decreto 1483/2012, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos de trabajo, y artículo 124.11 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social".

Si se ha presentado la documentación requerida para las causas económicas pero no las específicas para los despidos por causas organizativas es obvio que estará incumpliendo lo dispuesto en el art. 5 del RD 1483/2012. El voto particular recuerda, y ya he dejado constancia de ello, que es la dirección de la empresa la que puede adoptar las medidas que considere más adecuadas dentro del marco jurídico vigente, y que siempre que lo haga deberá cumplir tanto con las normas generales como las más concretas de aplicación al caso litigio; o por decirlo con las propias palabras, muy clarificadoras, del voto particular: "una vez ejercitada la opción –u opciones-, necesariamente, la empresa debe ajustarse al mecanismo legal y reglamentario establecido. En el presente caso, ha quedado acreditado, hasta la saciedad –y reconocido expresamente por la sentencia de instancia- que la causa real y verdadera del despido colectivo es la organizativa y no la económica invocada y sostenida a lo largo de todo el procedimiento por la demandadas, siendo de destacar que en la propia sentencia recurrida parece apuntarse, además a una cierta mala fe, cuando señala la existencia de deslealtad al negar las demandadas el proceso externalizador".

A la argumentación anterior el voto particular añade dos nuevos razonamientos para defender la nulidad de los despidos cuando no se haya expuesto la auténtica causa, aunque en puridad creo que se tratan de un complemento (necesario) del anterior: en primer lugar, que no se ha aportado la documentación exigible para acreditar la existencia de la causa verdadera; y en segundo lugar, que al no haber facilitado la información adecuada el período de consultas ha quedado desvirtuado en cuanto al objetivo que debe perseguir el mismo, ya que la negociación no hubiera permitido conocer los argumentos reales de la empresa y por consiguiente no hubiera posibilitado debatir y discutir sobre la posibilidad de adoptar otras medidas menos traumáticas.

C) Por último, el voto particular también considera que la "indebida especificación" de los criterios de selección de los trabajadores afectados debe llevar igualmente a la nulidad de los despidos, y pone el acento (en sentido frontalmente contrario al del primer voto particular) en el hecho probado de que la mayoría de las extinciones afectaban al personal incluido en convenio, dejando fuera a una parte de trabajadores con un elevado coste económico para la empresa, y que además la selección se realizaba en virtud de las decisiones adoptadas por la empresa sobre el nuevo modelo organizativo, acudiendo para justificar su tesis, entre otros argumentos, a una frase muy gráfica de la sentencia de instancia que refleja muy bien los "criterios de selección": "la actividad objeto del ente es la difusión de radio y televisión en la Comunidad de Madrid, respondiendo a unos criterios marcados por la dirección del

Ente y de sus respectivas sociedades que la individualizan convirtiendo este objeto en un elemento ideológico en manos de una dirección piramidal que no forma parte de ninguno de las actividades contratadas con las empresas de servicios."

Dado que los "criterios de selección" adoptados por la empresa no guardaban relación con la causa económica alegada, sino con el nuevo modelo organizativo, es obligado concluir como razona el voto particular que la decisión no ha sido respetuosa con la normativa vigente y añade un nuevo argumento para declara la nulidad del despido colectivo "previa estimación de los recursos de casación interpuestos por los sindicatos recurrentes".

### *2.2.3. Despidos colectivos en el Ayuntamiento de Jerez de la Frontera. Diferente criterio jurídico del TSJ y TS (con voto particular) sobre la validez de los criterios de selección de los afectados. Nota a la sentencia del TS de 25 de junio (y sus efectos colaterales).*

1. El 18 de junio el gabinete de comunicación del poder judicial publicó una escueta nota (muy escueta, ciertamente, si la comparamos con otras publicadas en conflictos laborales de idéntica importancia) con el título "El Supremo convalida eldespido colectivo del ayuntamiento de Jerez", el subtítulo "La Sala Social convalida la extinción colectiva de contratos en un ayuntamiento al existir causa económica por insuficiencia presupuestaria y financiera según la misma normativa", y el siguiente contenido "En el recurso relativo al despido colectivo del ayuntamiento de Jerez, que afectó a 260 trabajadores sobre un total de 1.305, el Tribunal Superior de Justicia había declarado no ajustado a derecho el cese por insuficiencia de los criterios de selección de afectados. El recurso del ayuntamiento es estimado y se declara ajustado a derecho el despido por estimar suficientes los criterios invocados y por apreciar causa económica según la Disposición Adicional Vigésima del Estatuto de los Trabajadores introducida por la Ley 3/2012 (insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes) a la vista de la situación económico-financiera del ayuntamiento según los hechos declarados probados". Como puede comprobarse, de la lectura de la nota parecería deducirse que no había votos particulares a la sentencia, algo que sinceramente me extrañó mucho; deducción que se manifestaría incorrecta al conocer el texto íntegro de la sentencia, al que se acompañaba voto particular emitido por el magistrado Fernando Salinas y al que se adhieren dos magistradas y tres magistrados.

2. La sentencia fue dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 25 de junio, siendo ponente el magistrado José Luís Gilolmo, y se pronuncia en los mismos términos que el Informe del Ministerio Fiscal.

La sentencia del TS desestima los recursos interpuestos por la representación del personal y varios sindicatos, y estima el recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Jerez contra la sentencia dictada el 20 de marzo de 2013 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Andalucía (sede Sevilla), que casa y revoca, y resolviendo sobre el fondo del litigio declara "ajustada a derecho la decisión empresarial, desestimando en su integridad las demandas colectivas que le dieron lugar". Cuando redacto este artículo me consta que algunos sindicatos están analizando la posibilidad de interponer recurso de revisión por haberse publicado hace poco tiempo el Informe de la Cámara de Cuentas andaluza "sobre las cuentas de las Diputaciones Provinciales y de los Ayuntamientos de municipios con población superior a 50.000 habitantes. 2011", por entender que los datos presupuestarios del Ayuntamiento de dicho año, tenidos en consideración por el TS para apreciar la justeza de la causa económica alegada, son contrarios a los aportados por la parte empresarial para justificar el expediente (negativos según la empresa, positivos según la Cámara de cuentas); si bien, parece que la posibilidad más barajada es la de reactivar las demandas individuales interpuestas tras la aprobación de los despidos colectivos y presentar, por parte de quienes no lo hicieron con anterioridad, demandas en solicitud de declaración de improcedencia de su despido, tratando de demostrar que los criterios de selección no fueron debidamente justificados, sin entrar ahora por mi parte, lo hago más adelante, sobre si el proceso por despido individual es el adecuado para conocer de las reglas de selección (tesis de la sentencia) o no es así, ya que en casos de despidos individuales la norma permite interponer demandas para debatir sólo sobre los criterios de preferencia en la selección (tesis del voto particular). Conviene recordar, además, que tal como dispone el art. 124.13 de la Ley reguladora de la

jurisdicción social "2.ª Cuando el objeto del debate verse sobre preferencias atribuidas a determinados trabajadores, éstos también deberán ser demandados". Parece que no les faltará trabajo a los tres juzgados de lo social de Jerez y tampoco al TSJ si se opta por la vía individual.

3. La sentencia del TSJ andaluz fue objeto de atención detallada por mi parte en anteriores entradas del blog, y a partir de las mismas he entablado conversaciones virtuales con personas afectadas y conocedoras de dicho conflicto jurídico y con un innegable impacto social en la localidad andaluza. Agradezco toda la información que me han hecho llegar para conocer de primera mano las características y complejidad del caso, en especial por aquello que se ha convertido en su punto neurálgico como es qué criterios de selección se utilizaron (si es que se utilizaron) para proceder a los despidos, siendo consciente por mi parte, y así lo vengo reiterando tanto en este blog como directamente a las personas que piden mi parecer, que aquello sobre lo que se pronuncian los tribunales es sobre los hechos declarados probados y a partir de los que realizan su valoración jurídica en relación con la normativa y jurisprudencia aplicable. Por consiguiente, el análisis y comentario de una resolución judicial, todo lo crítico que se considere oportuno, ha de hacerse a partir de los hechos que un órgano jurisdiccional declara probados y de la valoración jurídica que hace con posterioridad. En el caso de la sentencia del TS, pues, mi valoración habrá de hacerse a partir de cómo el alto tribunal ha tenido en consideración los hechos probados en la sentencia de instancia (ya adelanto que inalterados) y de cómo ha valorado la aplicación (ya adelanto que incorrectamente según la sentencia y también para el voto particular, aunque ambas tesis lleguen a resultados totalmente opuestos – procedencia de los despidos en el primer caso, nulidad de los despidos en el segundo --) que el TSJ realizó de la normativa aplicable (básicamente del art. 51 de la LET y del art. 124 de la LRJS).

He releído con atención el comentario que publiqué en el blog el 24 de marzo de 2013 sobre la sentencia del TSJ, y observo con una cierta satisfacción intelectual que dejé apuntada alguna hipótesis sobre cómo podía haberse dictado otra sentencia que declarara la nulidad de los despidos, satisfacción matizada obviamente porque esa es la misma tesis del voto particular pero no de la sentencia. Hay también en el comentario algunos contenidos fácticos que ayudan a entender muy bien la realidad del caso y que se mantienen inalterados por no prosperar la revisión de hechos probados, aunque repito que la valoración jurídica del TS será contraria a la del TSJ. Reproduzco los fragmentos del comentario que creo que pueden ayudar a los lectores y lectoras del blog a entender mejor (y valorarla de una u otra forma) la sentencia del alto tribunal, recordando de entrada que el tribunal autonómico estimó parcialmente las cinco demandas y declaró "no ajustado a derecho el despido colectivo llevado a cabo por el Excmo. Ayuntamiento de Jerez de la Frontera".

"B) En los hechos probados se recoge muy ampliamente el contenido del estudio-informe encargado por el Ayuntamiento a la empresa ATD en septiembre de 2011 sobre la situación económica del mismo y de sus entidades participadas, entregado en noviembre del mismo año y actualizado a enero de 2013, informe que fue ratificado en el juicio oral. Dicho informe trata sobre la ejecución y estructura del presupuesto municipal en el período 2006 a 2011, y análisis y diagnóstico de la situación económica financiera, en el que se incluye el dato de que el coste del personal laboral, con inclusión de personal fijo, indefinido y eventual, "supone en promedio, de 206 a 2011, el 32 % de los gastos de personal y un 146 % del coste del personal funcionario municipal".

Por otra parte, queda constancia de que en la junta de gobierno de 30 de marzo de 2012 se adoptaron diversos acuerdos para proceder a una reducción de costes, en el ayuntamiento y empresas dependientes, de 33.200.000 euros, de los que 13.200.000 se obtendrían mediante la extinción por causas objetivas de personal laboral municipal, medidas que se adoptarían en el llamado Plan de ajuste consolidado para dar cumplimiento a lo dispuesto en el Real Decreto-Ley 4/2012, de 24 de febrero, "por el que se determinan obligaciones de información y procedimientos necesarios para establecer un mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las entidades locales".

Queda constancia, igualmente, del acuerdo de la junta de gobierno de 19 de julio para iniciar el procedimiento de modificación parcial del acuerdo-convenio que regula las relaciones del personal laboral y funcionario del ayuntamiento para reducir costes económicos, y la aprobación en la misma fecha de la relación de puestos de trabajo, en donde estaban incluidos los 300 trabajadores

inicialmente seleccionados para el ERE extintivo. Poco antes, el 22 de junio, el Ayuntamiento contrató los servicios de la firma Deloitte Abogados SL para llevar a cabo la preparación, negociación y ejecución del ERE, o por decirlo en los términos exactos recogidos en los hechos probados, "del procedimiento conducente a las extinciones de los contratos de trabajo que tendrá carácter colectivo por el número de trabajadores afectados". …..

C) …. Especialmente importante en cuanto a la valoración de la causa económica alegada por la empresa, aun cuando finalmente se quedará en una documentación no analizada por la sentencia al haber declarado la no conformidad a derecho por cuestiones formales previas a la entrada en el fondo del conflicto, es el hecho probado decimoquinto, en el que se recogen los déficits presupuestarios acreditados en los ejercicios 2009, 2010 y 2011, y el incremento de la partida de gastos de personal del 34,93 % en 2009 al 38,09 % en 2011.

D) Especialmente importante, más aún decisivo para la resolución del conflicto, será aquello a lo que se refiere el hecho probado decimosexto, los criterios de selección del personal afectado, previéndose primero la concreción del número de extinciones por departamentos y categorías, en atención al necesario mantenimiento "de la estructura organizativa y funcional del Ayuntamiento", y más adelante quienes iban a ser despedidos, con aplicación de criterios de edad (para todos los que tuvieran cumplidos 59 años) y el de la "evaluación continua" que debería llevarse a cabo por los responsables de cada delegación y previa consulta al personal técnico a su cargo, quedando excluidos del ERE aquellos trabajadores que tuvieran "mayor competencia técnica, formación, experiencia y polivalencia", aún cuando consta acreditado que algunos de los que cumplían con tales requisitos también se vieron afectados por el ERE. Y es demoledor el conocimiento de qué criterios reales se utilizaron para la selección del personal, plasmado en el hecho probado decimoséptimo y que será decisivo, repito, para la decisión del Tribunal. Por su importancia lo reproduzco a continuación.

"…consta acreditado de la prueba testifical, que no existió móvil político-ideológico, pero que la selección se llevó a cabo, según el Primer Teniente de Alcalde y Portavoz, Sr. Saldaña, en función de las diferentes categorías, sobre quién trabajaba mejor o peor, era problemático, quejica, en base a la rumorología, la actitud ante el trabajo, si eran vagos y que los informes eran verbales, no valorando la formación, sino quien trabajaba bien, era el día a día y esa documentación se destruyó, porque no eran buenos trabajadores y eran conflictivos, con encarecimiento de los servicios, y hay quien no hace nada y el desconocía el currículo; criterios confirmados por el técnico Jaime García de Urbanismo, que le contaba al Sr. Saldaña quien era vago, mejor o peor, no problemático, sin tener en cuenta la formación, sólo la capacidad sobre el mal desempeño, que desconocía la polivalencia y que no hay informes escritos; D. José Luis Fernández, de deportes, que a su delegada le contaba la competencia, actitud, problemática, eficacia; Dª Ana, Jefa de Educación, que no la convocaron pero que informaba de menor rendimiento y capacidad; D. Antonio Organvidez, de Juventud, que no hubo informe escrito, no se tenía en cuenta la formación académica, ni hubo evaluación y eran comentarios del servicio; Dª Carmen Gutiérrez, de Igualdad y Salud, que no se informaba sobre cualificación, eran reuniones sobre funcionamiento del servicio en general y verbales; D. José María Mejías, de la oficina de atención y defensor del ciudadano, que no había nada de criterios, evaluación ni informe; Dña. Nuria Núñez, directora de servicios sociales, que no le pidieron informe ni evaluación, sino quien mejor, peor, vagos en el despacho de los servicios y los programas; D. Francisco Cáliz, concejal y delegado de impulso económico, que se le pidió una relación de personas imprescindibles, la hizo y sin embargo, algunos están en el ERE y otros no, por conocimiento profesional y actitud y que los criterios estaban establecidos y él lo sabía, pero su lista era profesional, por antigüedad, conocimientos; D. M., que estaba como imprescindible en la lista del Sr. Cáliz y está en el ERE; D. J., del servicio de personal, siendo su jefe el Sr. Durá, que no conoce los criterios, que no hay informe y que se le pedía, porque siempre se hablaba y era su trabajo, los eficaces, los dedicados, los no vagos"…..

E)…. e) ….. La Sala se detiene a continuación sobre la corrección formal, o no, existente en cuanto a la entrega de la documentación a aportar por la empresa a la representación del personal, y nuevamente afirma la corrección de la actuación empresarial desde el plano estrictamente formal, enfatizando con referencia a la memoria explicativa presentada por la empresa que se ha aportado "la documentación relativa a las causas económicas justificadoras del despido colectivo", sin entrar aquí en modo alguno a

valorar la existencia o no de la misma, ya que dicha concurrencia o no de la causa "deberá examinarse, en su caso, en relación con la improcedencia del despido" (vuelvo a repetir que finalmente no se entrará a conocer de esa hipotética concurrencia, ya que al declararse la improcedencia de los despidos por una causa formal, "huelga el análisis de la concurrencia de la causa económica justificadora del despido colectivo y, por ende, el examen de la existencia o no del grupo de empresas del Ayuntamiento con las empresas municipales participadas al 100 % por el Consistorio, alegada por la Agrupación de Técnicos Municipales de Jerez de la Frontera"). …

f) Respecto al contenido restante de la documentación a presentar ex art. 51.2 de la LET, y tras quedar acreditado que se cumplió con la mayor parte de las obligaciones formales recogidas en dicho precepto, la Sala abordará el núcleo duro del conflicto, es decir si se cumplió con la obligación, no sólo formal sino también real, "referida a los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos". En el plano formal, se insiste, las dos fase son muy claras: primero, qué hay que mantener y a partir de ahí determinar el número de extinciones; segundo, las personas afectadas, según criterios de edad (mayores de 59 años) y de "evaluación continua". En efecto, desde el plano "muy formal", si se me permite una expresión no acogida en la norma, se ha cumplido con el art. 51.2 de la LET, ya que se han explicado los criterios de selección a utilizar para determinar qué trabajadores son los afectados, y como las "formalidades" se han respetado no procede declarar no existe causa de nulidad.

Por consiguiente, la Sala considera que no procede declarar la nulidad de la decisión adoptada por la empresa porque no concurre ninguna de las causas (art. 51.2 de la LET en relación con el art. 124.2 de la LRJS) que así podrían provocarla, y entra a continuación al examen de la posible consideración, ex art. 124.11 de la LRJS, de la decisión como no ajustada a derecho. Es aquí donde pueden encontrarse a mi parecer algunos argumentos de crítica que puedan llevar a alguna de las partes demandantes a interponer recurso de casación para solicitar que se declare la nulidad, y no la improcedencia de la decisión empresarial". Y digo que es posible un análisis crítico de la sentencia porque se argumenta, en el fundamento jurídico duodécimo, que la declaración de la decisión empresarial como no ajustada a derecho se deberá producir cuando no concurra la causa, algo totalmente cierto al amparo de lo dispuesto en el art. 124.11 de la LRJS, pero a continuación se argumenta que debe interpretarse la norma, "de acuerdo con el párrafo primero del artículo 124.11, que será no ajustada a derecho también cuando no se haya cumplido lo previsto en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores. Y ello, porque el control judicial del cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores es materia propia de la impugnación colectiva del despido colectivo y, excede del contenido propio de la impugnación individual de la medida". Tengo la sensación, después de la lectura detenida y detallada de la sentencia, que hay una separación un tanto forzada entre contenido "formal" y contenido "real" de los requisitos a cumplir por la parte empresarial y regulados en el art. 51.2 de la LET, y que se apuesta por la interpretación más formal" que "real" respecto a esos contenidos, siendo así que la interpretación contraria, exactamente más "realista", pudiera llevar a la declaración de la nulidad de las extinciones adoptadas.

g)…. En segundo término, se debate sobre el respeto a la buena fe por parte de la empresa durante ese período, y más exactamente sobre el respeto a la obligación de informar de los criterios de selección de personal, formalmente explicados pero realmente no utilizados tal como se da debida cuenta en el demoledor hecho probado que he transcrito con anterioridad. Y así la Sala lo acepta y manifiesta palmariamente cuando reconoce que formalidad y realidad en el procedimiento de selección no han ido de la mano sino por caminos muy diferentes, en concreto respecto al criterio, no respetado en la práctica, de evaluación continua, produciéndose una clara arbitrariedad en dicha selección, "lo que adquiere una mayor gravedad dada la condición de Administración Pública de la empresa demandada". Acepta que el criterio genérico de determinación del número de afectados se ha respetado, y también el de la edad, pero de los hechos probados se deduce claramente que "en la aplicación del sistema o criterio de evaluación continua, se ha incurrido en una absoluta arbitrariedad proscrita por el artículo 9.3 de la Constitución", explicando a continuación, como lógica conclusión jurídica aplicable a los hechos declarados probados, que se habían previsto unos criterios objetivos de "mayor competencia técnica, formación, experiencia o polivalencia", y que tales criterios constituían

"un criterio objetivo y razonable" al parecer de la Sala y que se ajustaba al art. 103 CE y el obligado respeto a los principios de mérito y capacidad para el acceso a la función pública (obsérvese, dicho sea incidentalmente, como la Sala se acerca más al razonamiento de que el Ayuntamiento hubiera adoptado una decisión ajustada a derecho si hubiera respetado no sólo formal sino también realmente los criterios que había fijado, y además, como he dicho antes, que la causa económica podía existir aunque no se cumplieran los requisitos reglamentariamente previstos por una norma que no estaba en vigor en el momento de inicio de este procedimiento). Por su interés transcribo el fragmento más relevante del razonamiento judicial para llegar a la convicción de que no se ha actuado conforme a derecho por parte del Ayuntamiento:

"La cuestión se centra en la valoración que han realizado los responsables de cada delegación, previa consulta con el personal técnico a su cargo, que sin pedir el correspondiente curriculum a cada uno de los empleados, sin valorar el tiempo de prestación de los servicios en la delegación correspondiente o en un puesto de trabajo análogo, sin evaluar la formación académica, el ostentar un título universitario, o la formación específica para desempeñar el puesto de trabajo, elaboraron una lista de trabajadores no prescindibles. No obstante lo cual, algún trabajador de los contenidos en la lista de trabajadores no prescindibles para la delegación, fue afectado por el despido colectivo. Como quedó acreditado en la práctica de la prueba de interrogatorio de testigos, a juicio subjetivo del técnico o del delegado y, con una valoración personal, subjetiva y arbitraria, carente de la aplicación de cualquier parámetro objetivo, fueron determinados los trabajadores afectados por la decisión extintiva, sin tenerse en cuenta ni su competencia técnica, ni su formación, ni su experiencia, ni la polivalencia. De este modo, el Ayuntamiento demandado no negoció de buena fe con los representantes de los trabajadores, al facilitarles una lista nominal de trabajadores afectados por la extinción colectiva, sin aplicar los criterios de selección contenidos en el escrito de inicio del procedimiento y en la memoria explicativa".

La Sala es consciente de que en aquellos supuestos en que la falta de buena fe es equiparable a la ausencia de negociación, "la consecuencia es la nulidad de la decisión extintiva", pero no llega a concluir que el engaño en una parte de los criterios de selección deba llevar a proclamar la inexistencia real de negociación y por consiguiente la nulidad de la decisión empresarial, y apuesta por la tesis de la existencia real de negociación durante el período de consultas en otros contenidos del conflicto, como la reducción del número de afectados y la adopción de medidas paliativas para la recolocación de los afectados, y por ello "sólo en este aspecto", es decir en el de la selección del personal, afirma la Sala," no se ha seguido el principio de buena fe en la negociación", y de ahí que su decisión se incline por la estimación parcial de las demandas al reconocer la improcedencia de los despidos pero no la nulidad de los mismos, en aplicación del criterio formalista utilizado en la sentencia y que, sin duda, será muy interesante comprobar si es mantenido o no por el Tribunal Supremo".

4. La parte empresarial solicitó el 26 de marzo "Aclaración de la sentencia", invocando la posible lesión del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 de la CE, con base en lo dispuesto en el art. 267 de la Ley orgánica del poder judicial ("1. Los tribunales no podrán variar las resoluciones que pronuncien después de firmadas, pero sí aclarar algún concepto oscuro y rectificar cualquier error material de que adolezcan. 2. Las aclaraciones a que se refiere el apartado anterior podrán hacerse de oficio dentro de los dos días hábiles siguientes al de la publicación de la resolución, o a petición de parte o del Ministerio Fiscal formulada dentro del mismo plazo, siendo en este caso resuelta por el tribunal dentro de los tres días siguientes al de la presentación del escrito en que se solicite la aclaración") y art. 214 y 125 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La estrategia empresarial (quizás, pero esta es sólo una hipótesis de trabajo muy personal, al objeto de dejar abierta una vía argumental en el que basar parte del recurso de casación, planteando la estimación parcial de los despidos efectuados) planteaba que el fallo de la sentencia, "de estimación parcial de las demandas…. pudiera no resultar claro", y pedía al TSJ que "aclarara" la sentencia para que "clarificara" si la estimación parcial de las demandas se refería a que "considera ajustada a derecho la aplicación del criterio de la edad como primer criterio de selección de los trabajadores afectados por los despidos y no ajustada a derecho la aplicación del segundo criterio (el criterio de evaluación continua), basando su petición de "aclaración" en diversas manifestaciones contenidas en los fundamentos jurídicos de la

sentencia, "de las que se desprende que la Sala considera que el criterio de la edad ha sido correctamente aplicado" y concluyendo que "si el fallo de la sentencia no se interpretase en los términos expuestos, el mismo podría resultar contradictorio con su Fundamentación Jurídica, en los términos expuestos" (fina estrategia empresarial que hace decir a la Sala algo que fue valorado de una determinada manera pero que no fue tomado en consideración en el fallo porque la buena fe negocial no se puede "trocear", a mi parecer, según que la hayas practicado en una parte del procedimiento de despido colectivo -- algo ciertamente que también estaría por ver si se atiende a las críticas y alegaciones de las demandantes—y en otras no).

La solicitud de aclaración de la sentencia fue desestimada por auto de 2 de abril, con rechazo de la tesis argumental defendida por la parte empresarial y con argumentación, correcta a mi parecer como ya he expuesto, de que la buena fe empresarial durante el procedimiento negociador del período de consultas no se puede "trocear". El auto reprocha a la parte empresarial que en realidad no pretenda una aclaración de la sentencia, sino que se entre en el fondo de la decisión adoptada, y recuerda que el fallo estima parcialmente las demandas "porque no se atiende a su primera solicitud de nulidad del ERE", expediente que "en su totalidad se declara no ajustada a derecho". La Sala ha debido conocer y resolver, es obvio pero ahora lo recuerda, de un procedimiento de impugnación de un despido colectivo, y el hecho de haber apreciado la inexistencia de buena fe en la negociación del período de consultas "… afecta a todo el procedimiento de despido colectivo, por lo que la declaración de no ajustado a derecho, incide en la totalidad de los trabajadores afectados por la medida extintiva".

5. De las 80 páginas que consta el texto de la sentencia que he podido leer sólo algo más de12 están dedicadas a sus fundamentos jurídicos, el mismo número de las del voto particular.

A) La sentencia debe pronunciarse sobre los cuatro recursos de casación interpuestos por la representación unitaria del personal y diversas organizaciones sindicales por una parte en los que solicitan la declaración de nulidad de la decisión empresarial, mientras que el del Ayuntamiento solicita tanto la revisión de los hechos probados en instancia como la declaración de conformidad a derecho de su decisión, por lo que será el primer (y único) recurso analizado por el TS ya que será aceptadas sus tesis de infracción por parte de la sentencia de instancia de la normativa y de la jurisprudencia aplicable (art. 207 e de la LRJS). Del extenso recurso de la parte empresarial (en el fundamento jurídico cuarto se explica que dedica "casi 38 folios" a argumentar la infracción del art. 51.2 de la LET) la revisión solicitada de los hechos no prosperará (petición de cambio de la referencia a "facilitarles el informe de valoración" por "facilitarles la información solicitada sobre los criterios de selección", y adición de dos nuevos hechos sobre existencia de "informes verbales no escritos" elaborados con regularidad por la delegación de medio ambiente sobre valoración del personal, y constatación de que la empresa había solicitado a la representación de personal que aportaran propuestas sobre criterios de selección alternativos, "negándose los representantes de los trabajadores en diversas ocasiones a señalar ningún criterio de selección alternativo") porque de una parte no queda evidenciado el error invocado y por otra son consideradas intrascendentes para la resolución del caso. La Sala pone, eso sí, el acento en relativizar la importancia de la desestimación de esta revisión solicitada, ya que no afectará a su valoración jurídica, enfatizando ahora (fundamento jurídico tercero) que "el hecho relevante – cierto y acreditado – para el objeto del proceso colectivo, como luego tendremos oportunidad de comprobar, es que la empleadora, durante el período de consultas, les comunicó aquellos otros criterios generales que sustentarían las posteriores designaciones individuales".

B) ¿Cuál es la argumentación del recurso para defender la validez de la decisión empresarial? De la lectura de los fundamentos jurídicos segundo y cuarto puedo efectuar esta síntesis:

a) En primer lugar, la vulneración del art. 51.2 de la LET, en concreto con respecto a los "criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos", argumentándose que la doctrina jurisprudencial entiende que el procedimiento de despidos colectivos "es un numerus clausus, siendo en los procedimientos de despidos individuales donde hay que discutir acerca de los criterios de selección de los trabajadores afectados", y también considera vulnerada dicha doctrina en su interpretación de "la buena fe en la negociación y la arbitrariedad". Para la

recurrente, la empresa cumplió con las obligaciones impuestas por la normativa aplicable en cuanto que aportó toda la documentación legalmente exigida y en especial, entrando en el debate concreto de uno de los puntos conflictivos de las demandas y de la posterior sentencia, "porque igualmente les comunicó en detalle (a la representación trabajadora) los criterios generales de determinación o selección de los trabajadores afectados por la extinción colectiva".

Es decir, el planteamiento empresarial gira alrededor de la justeza formal de los criterios de selección y selecciona, valga la redundancia, un fragmento del art. 51.2 que considera favorable a su tesis, olvidando, supongo que porque no interesa a su planteamiento y dejando de lado que el TSJ sí se había pronunciado al respecto aunque sin apoyo en la normativa internacional y europea (crítica que efectué en el comentario de la sentencia), que la normativa aplicable también dispone que "La consulta con los representantes legales de los trabajadores deberá versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad", y que difícilmente, por no decir que es imposible, se va a cumplir el objetivo perseguido por la normativa europea y española si no se puede discutir de los criterios reales de selección, ya sea de todos o de una parte de los mismos, como ha ocurrido en el caso enjuiciado a mi parecer y al del TSJ, porque son ocultados por la parte empresarial, aunque la apariencia formal sea de que se han presentado (tal será el argumento central también del voto particular).

b) Este argumento será el único sobre el que se pronunciará, favorablemente, el TS, por lo que no entrará a examinar la argumentación subsidiaria de petición de estimación parcial de la demanda por entender (recuerdo lo dicho antes con ocasión del escrito de aclaración) que la Sala del TSJ consideraba conforme a derecho los despidos producidos en aplicación del criterio de la edad.

5. Es partir de la página 62 del texto de la sentencia cuando el TS entra en el estudio del recurso empresarial, tras recordar cuál era la normativa aplicable en el momento en que se inició el conflicto, es decir el art. 51 de la LET en versión de la Ley 3/2012 y el RD 801/2011, sin olvidar añado yo ahora el art. 124 de la LRJS. Y la sentencia va directamente al problema suscitado y afirma de manera clara y contundente que el recurso "merece favorable acogida"…

La Sala, en tono muy formalista, considera que la valoración y enjuiciamiento sobre los criterios de selección es una decisión "con efectos directa y primordialmente colectivos", por lo que no puede entrar, no puede referirse "al análisis concreto y minucioso de cada una de las situaciones particulares de los trabajadores individualmente afectados" (con confusión a mi parecer, al igual que ocurre en el recurso empresarial, entre cuáles son los criterios de selección, el respeto a las preferencias que pudiera haber, y la necesidad de que su conocimiento real – y no formal – posibilite una auténtica y útil negociación durante el período de consultas). Llevando la resolución del conflicto al terreno de las situación individual de cada trabajador, y no al de la negociación durante el período de consultas y con el obligado respeto al principio de buena fe negocial, la Sala enfatiza que hacer un análisis jurídico distinto del que ella efectúa y permitir el análisis de cada concreta situación individual (incurriendo nuevamente en la confusión anterior) transformaría el conflicto colectivo en uno plural, "vaciando de contenido uno de los principales – si no el principal – objetivos que persigue esta institución jurídica, cual es la de posibilitar la viabilidad de la actividad empresarial y la pervivencia del resto de puestos de trabajo de la empresas, y ampliaría en contra de la Ley (art. 124 LRJS), los limitados objetivos (numerus clausus) de este procedimiento".

Dicho con sinceridad, no alcanzo a ver qué tiene que ver el respeto de la buena fe negocial durante el período de consultas, que a mi parecer y al del TSJ no se respetó, con la declaración que efectúa solemnemente ahora el TS sobre el objetivo de la reforma laboral en este punto, ya que el cumplimiento de la legalidad también es un objetivo claro y declarado, y aunque no lo fuera esta en el ADN del ordenamiento jurídico, de la reforma laboral.

La Sala es consciente de la importancia práctica que puede tener su decisión en punto a remitir a los trabajadores afectados al proceso individual para conseguir una sentencia favorable a sus intereses y que declare el carácter no ajustado a derecho de la decisión empresarial por tener ese trabajador

preferencia sobre otros que no fueron afectados (insisto en la importancia de la palabra "preferencias"), y añado yo ahora que no sé si es consciente de los problemas reales y prácticos que se pueden plantear en los juicios por despidos individuales, por la obligada necesidad de traer al proceso a los trabajadores afectados y que pudieran ser, pues, despedidos si se reconoce la improcedencia del despido (el riesgo de una situación de tensión permanente en la plantilla no es algo desdeñable si las demandas presentadas y las que se presenten intentan demostrar que el trabajador afectado por el despido fue tratado sin causa de peor condición que otros trabajadores de la plantilla y la sentencia que así lo acoja tiene impacto sobre la decisión de la empresa de despedir a otro trabajador inicialmente no afectado por el conflicto), pero no se apea de su planteamiento y entiende que deberá ser en el proceso individual (serán muchos los que se pongan en marcha, sin duda), y tras la comunicación del despido por la empresa al trabajador con indicación de la causa, "donde se plantee y analice con precisión el cumplimiento o incumplimiento" de aquello que dispone el art. 51.2 de la LET, es decir "los criterios tenidos en cuenta para la selección de los trabajadores afectados", criterios que en razón de la dimensión colectiva del procedimiento "no pudieron tenerse en cuneta con el rigor y el detalle necesarios durante el período de consultas ni, consecuentemente en la propia decisión final del empleador que acordó el despido colectivo". El núcleo duro de la argumentación se encuentra a mi aparecer en la tesis de que los criterios de selección, y en concreto el de evaluación continua, tenían un claro componente genérico", y de ahí que "sólo resultaba posible examinar en su plasmación individual, mediante la comprobación, caso por caso, de su concurrencia". De prosperar esta tesis en nuevas sentencias, el cumplimiento formal de las reglas, la "apariencia de legalidad" puede llevar a situaciones de desprotección de la parte trabajadora durante el período de consultas, por no realizarse el mismo en condiciones adecuadas (total o parcialmente) para conseguir los objetivos marcados por la normativa aplicable.

Hubiera bastado a mi parecer, y siempre desde la perspectiva de la tesis defendida por la mayoría de la Sala, que la estimación del recurso respecto a los criterios de selección hubiera acabado aquí y haber pasado ya al examen de la causa económica alegada por el Ayuntamiento para proceder a los despidos (en la que, recuerdo, no entró la sentencia de instancia). Pero no ha sido así ya que la Sala trata de reforzar su tesis con la argumentación de que sí se explicó primero y aplicó después uno de los criterios de selección elegidos por la empresa, y también, apoyándose en el informe del Ministerio Fiscal, que "no toda" la negociación se llevó a cabo con mala fe por parte empresarial, en estrecha relación con la selección, negociación y aplicación del criterio de la edad, lo que, dicho de otra forma significa que se acepta "trocear" la buena fe negocial a lo largo del procedimiento, así como también aceptar, y esto ya es realmente importante, que habrá que valorar la importancia mayor o menor de la mala fe durante la negociación, aceptando la Sala la tesis del Ministerio Fiscal de que no puede aceptarse la no conformidad a derecho de toda la decisión empresarial cuando algunos despidos (que se han cuantificado en 130) se han llevado a cabo "en base a criterios indiscutibles (e indiscutidos, añadimos nosotros) como sucede con el de la edad". Es decir, si se ha negociado "de buena fe" durante una parte del procedimiento, y según el tribunal esta parte es "superior" (¿cómo se calcula?) a la que se ha practicado "con mala fe", la conclusión es que prima "lo bueno" sobre "lo malo". No encuentro esta tesis reflejada en la normativa aplicable, y aquí entraríamos en el debate de la "creación judicial del derecho" y sus límites.

La Sala sustenta sus tesis tanto en los hechos probados de instancia como en la defensa de la tesis "formalista", también aceptada por el TSJ andaluz para negar la nulidad de los despidos, de cumplimiento por parte de la empresa de las obligaciones formales impuestos en el art. 51.2 de la LET en cuanto a la información a facilitar a los representantes de los trabajadores, aunque no parece importarle, y es lógico si defiende la tesis contraria, que haya quedado debida y exhaustivamente probado en instancia que una parte, como mínimo, de los criterios de selección planteados por la empresa no se ajustaron a la realidad y nunca se aplicaron en el procedimiento de selección de los trabajadores afectados. El TS acepta que una parte de los criterios de selección (la edad) fue plenamente válida porque dicho criterio llevó a no aplicar ya a las personas afectadas el más polémico de "evaluación continua". Por cierto, la Sala sí se apoya en la petición subsidiaria del recurso aunque sólo analice, teóricamente, el cumplimiento de las reglas generales sobre los criterios de selección, ya que critica que el TSJ no tomara en consideración (sí lo hizo a mi parecer aunque la conclusión a la que

llegó fue distinta a la del TS) "que muchos otros (más de 130) de los afectados, como resalta el Ayuntamiento en la petición subsidiaria de su recurso, ni siquiera habían sido sometidos a evaluación alguna porque el criterio para su selección sólo había sido el de la edad".

6. La aceptación del recurso del Ayuntamiento sobre la validez de los criterios de selección de los trabajadores afectados, o mejor dicho y por decirlo con las propias palabras de la sentencia (que no abonan precisamente a mi parecer la bondad de la tesis por ella defendida) "de la suficiencia y adecuación a derecho de los criterios de selección comunicados a los representantes de los trabajadores, y sin perjuicio de las eventuales reclamaciones individuales de los afectados…", permite entrar en el conocimiento de las causas económicas que llevaron al Ayuntamiento a adoptar su decisión.

La Sala se remite al contenido de la sentencia de instancia y a la síntesis efectuada por el propio TS para concluir que de los datos aportados, y mantenidos inalterados, se desprende "incuestionablemente" la concurrencia de la causa económica prevista en la disposición adicional vigésima de la LET, por lo que procede a estimar el recurso y declarar la conformidad a derecho de la decisión adoptada, sin entrar en el análisis "de la hipotética existencia de un grupo empresarial formado por el Ayuntamiento y algunas de las sociedades participadas".

Está por ver, y me remito a los comentarios iniciales de este texto, si el informe de la Cámara de cuentas llevará a algunas de las inicialmente partes demandantes a explorar la vía de la "revisión de sentencias firmes" regulada en el art. 236 de la LRJS ("1. Contra cualquier sentencia firme dictada por los órganos del orden jurisdiccional social y contra los laudos arbitrales firmes sobre materias objeto de conocimiento del orden social, procederá la revisión prevista en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, por los motivos de su artículo 510 y por el regulado en el apartado 3 del artículo 86, de la presente Ley. La revisión se solicitará ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo"), en el bien entendido que la Sala de lo Social del TS ha puesto de manifiesto en reiteradas ocasiones "el carácter excepcional y extraordinario del proceso de revisión de sentencias firmes proclamado tanto por la jurisprudencia constitucional como por la de esta Sala de lo Social" (véase, por todas, la sentencia de 8 de mayo de 2014, de la que fue ponente el magistrado Fernando Salinas).

7. Una vez explicada y analizada la sentencia, procede ahora entrar en el examen del voto particular, aun cuando ya he ido apuntando parcialmente sus tesis a lo largo de mi anterior explicación. El núcleo duro, la tesis principal del voto, se sitúa en la imposibilidad de llevar a cabo un auténtico proceso negociador que permitiera llegar a acuerdos con la empresa, en cuanto que la aportación meramente formal de los criterios de selección, y en modo alguno real como se acredita en los hechos probados de la sentencia de instancia, impide a la representación de los trabajadores una negociación "en tiempo y forma útil" (tesis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la aplicación de la Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998 relativaa la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refierena los despidos colectivos, y en concreto sobre el funcionamiento del período de consultas), y de ahí que la decisión empresarial no pueda calificarse sólo de no ajustada a derecho sino que hubiera debido declararse su nulidad de pleno de pleno derecho "por inexistencia real de la posibilidad de verdadera negociación".

Con carácter subsidiario, pero a mi parecer con igual trascendencia jurídica que el primero, el voto rechaza que las posibles lagunas que hubiere en los criterios genéricos de selección puedan remediarse o subsanarse en los proceso individuales a los que se verán abocados los trabajadores tras la sentencia, en cuanto que la normativa vigente (art. 124 LRJS) reserva ese proceso para debatir sobre la regularidad de la aplicación empresarial "de las preferencias atribuidas a determinados trabajadores", pero en modo alguno al debate sobre los criterios utilizados por la empresa. El voto particular se acerca a la realidad del orden jurisdiccional social y pone de manifiesto cuáles pueden ser los efectos colaterales de la sentencia, es decir la carga de trabajo de los juzgados de lo social y después del TSJ por la presentación de numerosas demandas, y posiblemente de bastantes recursos de suplicación, en que deberá demandarse a otros trabajadores que el demandante considere que tienen "menos méritos que él" para permanecer en la empresa, entrando en un terreno complejo de resolución judicial que tiene el riesgo de "desigualdades y de inseguridad jurídica". En modo alguno,

tesis del voto con la que concuerdo, cabe configurar el proceso individual de despido "como un cauce de subsanación de unos criterios inespecíficos de selección de los trabajadores afectados por la decisión colectiva empresarial y para poder controlar judicialmente la regularidad de la misma".

El voto se sustenta en los hechos probados de instancia, a los que me he referido con anterioridad, para apoyar su tesis, y en cuanto a la argumentación jurídica, además de defender como consecuencia de lo anterior que se vulneró el deber de buena fe negocial (que no puede "trocearse" a voluntad de las partes) acude también a la normativa internacional, en concreto al Convenio número 158 de la OIT sobre extinción de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, para poner de manifiesto que el art. 4 "exige de modo perentorio que no se podrá término a una relación de trabajo a menos que exista causa justificada basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio".

El voto particular enfatiza la importancia, y tiene apoyo en la normativa entonces aplicable, el RD 801/2011, de cumplirse por parte empresarial la obligación de aportar, en el inicio del período de consultas, la relación nominativa de los trabajadores afectados "o, en su caso, concreción de los criterios tenidos en cuenta para designar a los mismos y período a lo largo del cual está previsto efectuar las extinciones de los contratos de trabajo" (la normativa vigente en la actualidad, el RD 1483/2012, art. 3 se refiere a "Criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos", no bastando a mi parecer el cumplimiento meramente formal porque vaciaría de contenido real el período de consultas),

En apoyo de su tesis cita diversas sentencias dictadas por la Sala, y votos particulares, para inmediatamente argumentar que rechaza "totalmente" la tesis de la sentencia de no haber quedado acreditado que los criterios utilizados por la empresa supongan "un trato desigual de todo el colectivo afectado respecto al resto de los trabajadores del Ayuntamiento", cuando quedó debidamente probado que las decisiones sobre la "evaluación continua" no se basaron en ningún criterio objetivo sino en puras decisiones subjetivas de los responsables de cada delegación. Es cierto que los criterios presentado por la empresa hacían referencia a la evaluación continua, con toma en consideración de la mayor competencia técnica, formación, experiencia y polivalencia, pero, además de la no aplicación real de los mismos en la práctica, en ningún momento tales criterios generales se acompañaron de "baremos o bases para determinar la evaluación por los distintos responsables", y apoya su tesis en la jurisprudencia contencioso-administrativa (sentencia TS de 3 de marzo de2009) de aceptación de un concepto jurídico indeterminado para determinar la experiencia profesional que pueda ser valorada como mérito en fase de concurso de un proceso selectivo "siempre que se cumpla esta exigencia: que el contexto en que figure dicho concepto indeterminado ofrezca elementos bastantes para acotar los límites de su individualización". La conclusión del voto es que la parte empleador, Administración Pública, no respetó los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad por la actuación totalmente arbitraria en la selección del personal despedido, no teniéndose en cuenta tales principios "que son esenciales y exigibles para el acceso a las diversas formas de empleo público… para determinar a la inversa quienes debían resultar directamente afectados por la extinción contractual colectiva".

9. Buena lectura de la sentencia de un conflicto jurídico y social que sin duda continuará una vez finalizado el período vacacional judicial y que espero, este es mi deseo pero no estoy seguro de que se cumpla, que no deje demasiadas secuelas en términos de conflictos personales entre los trabajadores despedidos y los que siguen prestando sus servicios en el ayuntamiento, pues no hay duda de que varios de estos últimos habrán de ser demandados en las demandas individuales.

### *2.2.4. Despidos colectivos en la Administración. Sobre qué debe entenderse por insuficiencia presupuestaria sobrevenida, la documentación debida y el fraude de ley. Notas a la sentencia del TS de 23 de mayo (caso Diputación de Ourense).*

1- Es objeto de esta entrada el comentario del llamado "caso de la Diputación de Ourense", más concretamente los despidos colectivos de 25 trabajadores, declarados no conformes a derecho por la sentencia de la Sala de lo Social del TribunalSuperior de Justicia de Galicia de 2 de mayo de 2013, que fue confirmada por la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 23 de mayo (dictada

por unanimidad), de la que fue ponente el magistrado Gonzalo Moliner Tamborero. El TS desestima, en los mismos términos que proponía el preceptivo informe del Ministerio Fiscal, los recursos de casación interpuestos por quienes fueron partes demandantes en la instancia, el sindicato nacional de CC OO de Galicia y el comité de empresa, y también por quien fue la parte demandada, la Diputación.

2. La sentenciadel TSJ gallego fue objeto de atención detallada por mi parte en una anteriorentrada del blog, de la que ahora recupero los contenidos más relevantes para enmarcar adecuadamente la sentencia del TS. Para conocer los avatares de la convulsa vida laboral de la Diputación, con influencia determinante en el posterior conflicto, y también del que fuera presidente durante muchos años, Sr. José Manuel Baltar, remito a las hemerotecas y también, muy especialmente a la sentencia dictada el 16 de julio de este año por el juzgado de lo penal núm.1 de Ourense, a cuyo frente se encuentra la magistrada. Juez Caterina González Fernández, cuyo fallo es el siguiente: "Que debo condenar y condeno al acusado, José Luis Baltar Pumar, como autor criminalmente responsable de un delito de prevaricación, sin que concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 9 años de inhabilitación especial para el empleo o cargo público, así como al pago de las costas procesales". La condena encuentra su razón de ser, según los hechos probados, en el dato de que durante el primer trimestre de 2010 decidió contratar a 104 personas con carácter temporal, y que en el procedimiento de selección "el acusado omitió la realización de (los) requisitos necesarios, los informes de servicios, no se publicó la oferta pública ni en el Boletín Oficial de la Provincia ni en el tablón de edictos de la corporación".

"La sentencia del TSJ de Galicia de 2 de mayo se dicta como consecuencia de la demanda presentada por CC OO de Galicia y el comité de empresa contra la Diputación Provincial de Ourense. La demanda se interpone por el despido colectivo de 25 trabajadores de la citada Diputación, y desde la perspectiva social, que no estrictamente jurídica, tiene el interés de tratarse del primer ERE planteado por una Diputación tras la reforma laboral. Les adelanto el final de la película, perdón de la sentencia, que estima parcialmente la demanda y declara "no ajustada a Derecho la extinción de 25 contratos de trabajo, condenando a las partes a estar y pasar por esta declaración". La Diputación ya ha anunciado que interpondrá recurso de casación contra la sentencia por considerar que la interpretación del tribunal "lleva a premiar una mala gestión presupuestaria", ya que "reduce la existencia o no de la causa económica a una mera cuestión de gestión presupuestaria, y prescinde de la situación económica real de la administración", y enfatiza en una nota de prensa que la sentencia "rechaza de forma contundente todos los argumentos esgrimidos por CC.OO. para solicitar la nulidad del proceso".

A) El conflicto encuentra su origen en la presentación de un ERE por la Diputación el 4 de diciembre de 2012, con la propuesta inicial de extinción de 32 contratos de "personal laboral indefinido", y alegación de existencia de causa económica para ello. Queda constancia en hechos probados de la documentación aportada por la empresa, y de la exclusión del ERE (la plantilla era de 367 trabajadores fijos, 54 temporales y 45 indefinidos) del personal laboral fijo y de algunos contratados indefinidos "que desempeñan puestos de trabajo imprescindibles" y que la entidad "considera que deben permanecer en su puesto".

La celebración del período de consultas se llevó a cabo durante los meses de diciembre de 2012 y enero de este año, con una suspensión acordada por las partes durante el período vacacional y que se extendió hasta el 7 de enero, celebrándose un total de nueve reuniones. Queda también probado que la empresa finalmente manifestó que extinguiría 28 contratos y que había procedido a la contratación de dos asesores de confianza, durante el período de consultas, "con un coste aproximado para la entidad de unos 120.000 euros".

De los datos económicos presentados por la entidad se desprenderá posteriormente por la Sala, en los fundamentos de derecho, ya lo adelanto, que no se cumplen los dos requisitos previstos en el RD 1483/2012 para que pueda procederse a la extinción de contratos en el sector público. Finalmente, y cual novela por entregas, en la comunicación dirigida por la entidad a la autoridad laboral se le hace saber que la extinción afectará finalmente sólo a 25 trabajadores, "dado que finalmente se han excluido de los mismos a las limpiadores del teatro Principal", no habiendo ninguna explicación de la razón de la adopción de dicha medida por parte empresarial.

Cabe decir, en fin, que en fundamento de derecho segundo encontramos el contenido de la causa económica alegada por la empresa (que hubiera debido ubicarse a mi parecer en los hechos probados), y nos enteramos que radica "en la disminución de los créditos derivados de las aportaciones que hace el Estado, motivo por el cual ha decidido disminuir el capítulo I de los Presupuestos, referidos al gasto de personal, que es el más elevado de todas las Diputaciones de esta Comunidad, siendo superior al 40 % del Presupuesto, cuando en el resto de las Diputaciones no supera el 25 %".

B) La Sala pasa revista a cuál es la normativa aplicable, y en efecto se trata, como bien señala, del RD 1483/2012, y más concretamente del título dedicado a los ERES en el sector público, es decir en este caso concreto a una Administración Pública, dictado en desarrollo de la disposición final decimonovena de la Ley 3/2012 y que ha de tomar en consideración la nueva regulación del art. 51 de la Ley del Estatuto de los trabajadores; nueva regulación, nos explica la Sala, que implica la supresión de la autorización administrativa y la adopción de una decisión unilateral por parte de la empresa y que es revisable en sede judicial, aún cuando se mantiene (referencia obligada a la Directiva de 1998 sobre despidos colectivos) "la necesidad de que se realice un período de consultas con los representantes de los trabajadores en los procedimientos de despido colectivo".

a) Se procede a examinar en primer lugar los motivos alegados por las partes demandantes que, de ser apreciados, deberían llevar a la declaración de nulidad de los despidos. Se alega en primer lugar discriminación vedada por el art. 14 de la Constitución en la selección del personal afectado, indefinido laboral, argumentando los actores (fundamento de derecho tercero) que dicha decisión fue adoptada por la Administración debido a que constituyen "una anomalía que debe ser corregida". Quiero pensar en términos jurídicos (aunque no dispongo de los datos necesarios para formular un parecer más fundado) que la Administración incrementó el número de trabajadores por la vía de contrataciones temporales devenidas después en indefinidas (no fijas), bien por la vía de acuerdo, bien por la vía (más frecuente) de resolución judicial que declarase la improcedencia de la extinción de un contrato presuntamente temporal.

El motivo es desestimado por la Sala (y se había manifestado en los mismos términos el Ministerio Fiscal), que se apresta a recordarnos, con cita de doctrina del TS (por cierto, dos sentencias de 1998 y 2003, que con toda seguridad, y esto lo digo yo obviamente, se dictaron en un marco normativo muy distinto del actual) que la decisión de a qué trabajadores les afectará la extinción es "competencia única de la empresa", e insiste poco después es "atribución exclusiva del empleador", obviamente revisable si hubiera una actuación contraria a derecho por parte empleadora de "fraude de ley, abuso de derecho o móvil discriminatorio". Para la Sala el hecho de que la entidad haya primero extinguido los contratos de personal temporal e interino es una prueba de que no se vulnera el principio de igualdad.

A continuación la Sala se explaya en los datos disponibles del caso como son la reducción del número de extinciones desde la propuesta inicial, la no aplicación del ERE a los representantes de los trabajadores (algo, recuerdo por si hubiera alguna duda, que está perfectamente regulado en dicho sentido y que quien presenta un ERE tiene obligación de respetar), al personal con discapacidad (una medida que cabe considerar como acertada a mi parecer), y a quienes "resultan imprescindibles" (decisión organizativa de la empresa pero que no impide en modo alguno que bajo apariencias de imprescindibilidad puede adoptarse decisiones que escondan actuaciones arbitrarias), o cuyo despido "sería antieconómico por estar próxima su jubilación" (decisión organizativa de la empresa, ciertamente, pero que tampoco nos dice nada sobre posibles actuaciones arbitrarias).

De los hechos al derecho, a la fundamentación jurídica, y eso es lo que hace la Sala al decir que "Consecuentemente, aparece justificada la decisión adoptada por el Organismo demandado, pues todos los trabajadores lo han sido al margen de todo móvil contrario a cualquier derecho fundamental". Insiste la Sala en que se ha respetado la preferencia de los representantes de los trabajadores (imperativo legal, soy pesado pero insisto) y que los únicos que tienen preferencia, y aquí he de darle la razón a la Sala y poner de manifiesto que la enmienda incorporada durante la tramitación de la reforma laboral le ha venido como anillo al dedo al Tribunal, es el personal laboral

fijo, enfatizando la Sala que se trata de una condición jurídica que "tampoco reúne ninguno de los trabajadores despedidos".

Por fin, respecto a la doctrina del TC sobre la alegación de indicios y traslación de la carga de la prueba a la parte demandada, la Sala analiza la doctrina del TC ya que lo que se ha planteado en el juicio es una vulneración de derechos fundamentales, y llega a la conclusión, con los datos obrantes en autos, que no ha existido una alegación consistente con argumentos, a mi parecer, genéricos sobre los argumentos que califica de genéricos (y no hago juego de palabras) de la demandante, quedándonos sin saber quienes sólo podemos juzgar sobre la sentencia si existieron o no esos indicios, ya que la Sala afirma, y ciertamente encuentra apoyo en el Ministerio fiscal, que los demandantes "hacen referencias genéricas en relación al personal afectado por la extinción, pero sin aportar verdaderos indicios discriminatorios en que la Entidad hubiera incurrido en la extinción…".

b) Como continuación del apartado anterior en lo relativo a la alegación de nulidad de los despidos, pero ahora desde la perspectiva por las demandantes de un fraude de ley por parte empresarial, por no existir criterios objetivos en la selección de los trabajadores afectados, y por excluir del ERE (sin que, ciertamente, haya datos en los hechos probados que permitan conocer los motivos) a algunos trabajadores indefinidos "en base a unas causas totalmente aleatorias", la Sala niega también acogida a esta segunda petición de nulidad.

Tras proceder a un examen, o recopilación jurisprudencial, de la doctrina judicial sobre qué debe entenderse por fraude de ley, vuelve a los argumentos ya expuestos con anterioridad, ahora para manifestar que en la selección del personal se han seguido "unos criterios razonables y suficientemente justificados para incluir y excluir a determinados trabajadores…". La Sala arguye que hubo buena fe por parte empresarial con la búsqueda de mecanismos para reducir el número de extinciones, y que no ha habido prueba alguna por la parte demandante de la existencia del fraude.

Dicho esto, que es lo que dice la Sala, me pregunto cuál es la razón de que no haya ninguna referencia al art. 51.2 de la LET y la obligación de la empresa de explicación de los criterios de selección del personal, ya que este es un requisito que ha sido considerado fundamental en varias de las sentencias que se ha dictado sobre ERES para declarar la nulidad de la decisión extintiva, y hubiera sido no sólo conveniente sino también necesario a mi parecer que existiera una debida argumentación judicial al respecto, argumentación que hubiera podido basarse en la existencia de una documentación entregada por la entidad con ocasión del inicio del período de consultas y en el que se hace referencia (hecho probado segundo) a "Criterios de prioridad de permanencia del personal. En el que se refleja el personal incluido y excluido, dando por reproducido su contenido". Pero, insisto, más allá de las argumentaciones generales de la Sala sobre la inexistencia de discriminación y de actuación razonada y ajustada a derecho por la parte empresarial nos quedamos sin conocer, por ejemplo, los argumentos para ir reduciendo el número inicial de extinciones (o quizás más exactamente, en relación con las tres últimas extinciones y a qué motivos se han debido).

c) La tercera causa de nulidad alegada versa sobre los presuntos defectos en la tramitación del ERE, con alegación de incumplimiento del art. 51 de la LET y 35.1 c) del RD 1483/2012 en relación con el número mínimo de trabajadores afectados por un ERE para que deba tramitarse con arreglo al procedimiento de despido colectivo; la superación del período máximo de consultas permitido por la normativa vigente; en fin, no haber dispuesto de toda la documentación que estaba obligada a presentar la empresa durante el período de consultas.

Si en párrafos anteriores he manifestado mi discrepancia jurídica con la Sala, toca hacerlo ahora con los demandantes por la escasa consistencia de las dos primeras argumentaciones. El ERE se tramita como vía colectiva cuando el número de trabajadores afectados concurre al inicio del procedimiento, con independencia de que el número final de afectados se encuentre por debajo de las cifras fijadas en la normativa para diferenciar entre una extinción individual/plural y otra colectiva. Por ello la Sala puede manifestar correctamente que los umbrales mínimos exigidos concurrieron al inicio del ERE, ya que se presentó una propuesta de extinción de 32 contratos, aunque finalmente quedaron reducidos a 25, y de ahí que no concurra causa formal de nulidad, manifestando la Sala adicionalmente que el "procedimiento colectivo ha ofrecido mayores garantías" (a los afectados). Cuestión distinta

ciertamente sería una actuación fraudulenta por parte empresarial de iniciar un ERE con estricto cumplimiento a la normativa vigente pero para obtener un resultado buscado de forma fraudulenta, la extinción de un número inferior de contratos, pero ciertamente se me hace difícil pensar en esta hipótesis cuando el supuesto habitual es justamente el contrario, es decir el intento de evitar la tramitación de una ERE por la vía de extinciones individuales o plurales que en ningún caso superen los umbrales fijados en la LET.

Con respecto a la superación del período máximo de consultas (treinta días) resulta sorprendente la alegación si partimos de los hechos probados y el acuerdo para la suspensión del período vacacional, siendo lógico que la Sala acuda a la tesis de la inconsistencia de tal argumentación ya que es contraria a los propios actos de la parte demandante. Además, no hay obstáculo para que ese período pueda ampliarse, en una interpretación integradora de la norma, si ambas partes lo acuerdan de forma razonable y con el objetivo de alcanzar un acuerdo, y así se han pronunciado la AN y el TSJ de Cataluña, resoluciones judiciales a las que acude el TSJ de Galicia para manifestar que estos es justamente lo que ocurrió en el caso enjuiciado. Por consiguiente, cada parte ha de saber qué efectos puede tener la ampliación del plazo de período de consultas, según haya habido acuerdo o no en la continuación, y actuar en consecuencia jurídica.

Con respecto a la posible falta de documentación, la Sala se remite a las obligaciones que impone el art. 39 del RD 1483/2012 y considera debidamente, "sobradamente", cumplida por parte empresarial la entrega de la misma, no estimando que la documentación adicional solicitada por la parte trabajadora en el período de consultas deba ser entregada por la empresa, ni ser esencial para la resolución del litigio, por exceder "de la enumerada en el artículo 39 del Reglamento, para los despidos colectivos, por causa económica". De la lectura de los hechos probados no he sabido encontrar cual era la información adicional solicitada, por lo que no puedo formular consideraciones jurídicas al respecto, en el bien entendido, recuerdo, que la Sala enfatiza que la empresa ha cumplido con todas las obligaciones impuestas por el art. 39 del RD 1483/2012.

C) Por consiguiente, de nulidad de la decisión empresarial, nada de nada según la Sala, y por ello queda cerrada la vía a la reincorporación obligatoria del personal despedido (salvo, obviamente, aceptación de los criterios de los demandantes en un recurso de casación). Cuestión distinta, y ya lo he anunciado con anterioridad, es que la Sala entre a continuación en el análisis de las argumentaciones sobre el carácter de no ajustado a derecho del ERE por no existir o concurrir la causa económica alegada y valide la tesis de la parte demandante.

En la alegación de esta, tal como se recoge en el fundamento de derecho octavo, se alega que es contradictorio y contrario a derecho que la entidad alegue problemas de tesorería "para pagar el sueldo de trabajadores que llevan más de 20 años en la institución" mientras que contrata a trabajadores durante la tramitación del ERE, considerando (creo que es una reflexión ciertamente jurídica pero que tiene sin duda una indudable connotación social) "absolutamente injustificable que se contraten dos asesores con un costo altísimo para la Entidad…". Al respecto, el entonces Presidente de la Diputación, Sr. José Manuel Baltar, manifestó poco después de conocer la sentencia que "Son cosas completamente independientes. Esa fue la posición que defendieron los técnicos de la Diputación en la vista correspondiente y es la posición que una vez evaluada la sentencia seguiremos defendiendo". No será ciertamente esa la tesis de la sentencia, que considera que la medida empresarial no cumple el requisito de proporcionalidad vinculado a la superación de la situación económica negativa, "pues resulta contraria al deber de buena fe, desde el momento en que simultáneamente a la tramitación de un ERE que comportó la extinción de 25 contratos de trabajo, se nombran dos asesores de confianza con un gasto anual aproximado de 120.000 euros".

La sentencia tiene particular interés, como otras recientes dictadas también en conflictos que afectan al sector público, por deber pronunciarse sobre el concepto de insuficiencia presupuestaria sobrevenida alegada por la Diputación, consistente en síntesis en la disminución de la aportación estatal, su principal y casi única fuente de ingresos, argumentando que debido al descenso de tales aportaciones "es preciso reducir los gastos de personal del capítulo I del Presupuesto". La Sala se detiene en el estudio de "qué debe entenderse por situación económica negativa, cuando se trata de

entes que pertenecen al sector público" (me referí a esta cuestión, y al análisis del Título III del RD 1483/2012, en una anterior entrada del blog), lógicamente pasa revista a la disposición adicional vigésima de la LET y al art. 35.3 del citado RD. Recuerdo ahora, por su importancia, que la insuficiencia presupuestaria se produce según el RD cuando concurren dos circunstancias de manera conjunta: "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. A estos efectos, se tendrán en cuenta tanto las minoraciones efectuadas en el Presupuesto inicial como, respecto del ejercicio en curso, las realizadas en fase de ejecución presupuestaria".

De los datos recogidos en los hechos probados, no se producen las dos circunstancias, ya que el presupuesto de la entidad sólo se ha minorado en un 2,81 % en 2012 con respecto al del año anterior, y tampoco se aporta ningún dato sobre posibles desviaciones presupuestarias. Además, queda acreditada una situación de superávit presupuestario de la Diputación, aunque haya derechos pendientes de cobro que se desconoce si van a poder cobrarse, argumentando la Sala con un planteamiento formal que "mientras esa depuración no se produzca, no pueden excluirse de la contabilidad porque se trata de derechos cuya titularidad corresponde al organismo demandando, y es su obligación el intento de cobranza de los mismos".

Si no existe déficit presupuestario, al menos formalmente, y no se han minorado los créditos en la cuantía fijada por la normativa aplicable, no concurre la insuficiencia presupuestaria requerida para poder extinguir los contratos de trabajo y por ello no resulta justificada la necesidad de amortización de contratos. Es aquí donde la Sala formula algunas consideraciones adicionales para justificar su tesis y que han merecido especial atención por los medios de comunicación y críticas por parte de la Diputación, ya que le "da consejos" sobre cómo mejorar el uso los recursos económicos de la entidad, ya que no de otra forma puede entenderse la afirmación de que la procedencia de las extinciones sólo sería jurídicamente viable si la situación económica negativa guardara relación con el desajuste de la plantilla, "pero no lo es, y es posible además que con la adopción de otras medidas, como la reducción de las partidas presupuestarias asignadas al Baloncesto o al Fútbol, tal como expuso el Letrado de los trabajadores, quizás se hubieran podido evitar, si no todos, sí un número mucho menor de trabajadores despedidos".

3. Como he indicado con anterioridad, contra la sentencia de instancia se interpusieron recursos de casación tanto por las partes demandantes como por las demandadas. La Sala procede a examinar en primer lugar el recurso de la Diputación, articulado al amparo del art. 207 e) de la Ley reguladora de la jurisdicciónsocial ("Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate"). Es decir, los tres motivos alegados son de índole jurídica sustantiva, sin poner en tela de juicio ni pedir la revisión de los hechos probados en la instancia. Ya adelanto que todos ellos serán rechazados por la Sala, a pesar de la buena valoración que realiza del recurso, del que afirma que tiene un "importante contenido jurídico".

A) El primer motivo del recurso denuncia infracción de los apartados a) y b) del art. 35.3 del RD 1483/2012, alegando su interpretación errónea en relación con la disposición adicional vigésima de la Ley del Estatuto de los trabajadores. El debate jurídico se centra sobre qué debe entenderse por déficit presupuestario y su impacto en términos de "insuficiencia presupuestaria sobrevenida" para que pueda procederse a despidos colectivos en las Administraciones Públicas.

Conviene primero recordar que dicen los preceptos alegados, encuadrados dentro del capítulo II del título III de la citada norma, que regula el "Procedimiento de despido colectivo aplicable en las Administraciones Públicas a que se refiere el párrafo segundo de la disposición adicional vigésima del Estatuto de los Trabajadores". Se entenderá que existe insuficiencia presupuestaria "cuando concurran 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".

Sobre este precepto me manifesté en estos términos en una entrada anterior del blog: "Las causas económicas, aquellas en las que puede operarse una diferencia realmente importante con el sector privado, se darán cuando haya una insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para financiar los servicios públicos, que deberá darse durante tres trimestres consecutivos. Su concreción pone de manifiesto el interés del gobierno de regular con todo detalle y atención esta causa de despido y evitar conflictividad judicial, habiéndose alterado radicalmente la redacción de las causas económicas del primer borrador con respecto al texto aprobado. En la versión final, es necesario en primer lugar que la Administración en la que se integre el departamento, órgano, ente, organismo o entidad, haya tenido una situación económica de déficit presupuestario en el ejercicio anterior, y 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". Por si hubiera alguna duda de que el ejecutivo quiere hacer muy bien su trabajo e intentar dejar poco margen a interpretaciones distintas, y respondiendo a algunas críticas jurídicas que la dicción de la disposición final segunda del RDL 3/2012 y de la Ley 3/2012 habían levantado, la norma dispone que a los efectos de la insuficiencia presupuestaria "se tendrán en cuenta tanto las minoraciones efectuadas en el Presupuesto inicial como, respecto del ejercicio en curso, las realizadas en fase de ejecución presupuestaria".

La tesis de la sentencia de instancia es que no existía tal insuficiencia presupuestaria sobrevenida porque no concurrían de forma conjunta los dos requisitos requeridos en las letras a) y b) del art. 35.3, mientras que la parte recurrente defiende que bastaría con la existencia de una de ellas para considerar existente aquella, o dicho de otra forma propugna que la norma citada debería interpretarse (vid fundamento jurídico segundo) "en el sentido de que la sola concurrencia de uno de dichos requisitos habría de considerarse suficiente para entender justificado el despido". El TS parte de un planteamiento formalista, entendido este como apego a la interpretación literal del art. 35, para defender la corrección jurídica de la tesis defendida en la sentencia de instancia, aunque deja sobre la mesa del debate jurídico la hipótesis de la conveniencia de un cambio normativo, ya que no considera "totalmente descartable" que la tesis defendida por la recurrente, que considera "absurda" la recogida en instancia por ser "contraria a cualquier adecuada gestión del presupuesto de cualquier administración pública", sea "la más razonable" (obiter dicta, apunto, sobre aquello que considera la Sala que podría ser la redacción de una norma como la aplicable al caso debatido).

No obstante, y con apoyo en una interpretación de los preceptos mencionados realizada "con una exégesis… meramente literal", la Sala avala la doctrina de instancia, con una afirmación formalmente contundente (mientras no cambie la norma, por supuesto): "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", ya que, enfatiza la Sala, "es el legislador específico en la materia el que ha dispuesto tal cosa y al que hay que respetar en sus previsiones".

No parece, repito, encontrarse la Sala muy a gusto con la redacción del art. 35.3, que también ha suscitado dudas en la doctrina sobre si había ido más lejos de lo permitido reglamentariamente, ultra vires, al desarrollar la disposición adicional vigésima de la LET, aunque defiende la tesis de instancia porque la norma enjuiciada "ha querido .. establecer pautas de seguridad sobre la concurrencia de la causa justificadora de los despidos", y para ello ha fijado que deben darse los dos requisitos, exigencias legales que la Sala, en su incomodidad con la norma, considera "no siempre fácilmente entendibles" pero que están 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". Más allá de esa incomodidad que aprecio (obviamente mi apreciación es subjetiva y sólo puede basarse en la redacción un tanto compleja de la argumentación jurídica) en la Sala, lo cierto es que la aplicación de este criterio para casos posteriores ha de marcar un punto de mayor rigurosidad para apreciar la concurrencia de las causas económicas que justifiquen un despido colectivo y que no podrán basarse

en meras decisiones de la Administración competente sobre reducción de partidas presupuestarias. Es esta, a mi parecer, la consecuencia más importante de la tesis del TS.

B) No hay duda de que este caso puede convertirse en un punto obligado de referencia para otros posteriores en los que se debata sobre despidos colectivos en las Administraciones Públicas, y si ya he destacado la importancia de la tesis del TS sobre el primer motivo del recurso de la Diputación, también hay que hacerlo con respecto a su respuesta al segundo motivo alegado, consistente en la interpretación, a juicio de la recurrente errónea, que realizó la sentencia de instancia del art. 35.3 b) del RD 1483/2012, y más concretamente de qué debe entenderse por minoración de "los créditos del Departamento o las transferencias, aportaciones patrimoniales al órgano, ente, organismo o entidad, o sus créditos", en "un 7 por ciento en los dos ejercicios anteriores". La tesis del TSJ gallego es que no se dio está reducción ya que la misma fue del 6 % en 2011 sobre 2010, y del 5,65 % en 2010 sobre 2009, mientras que la parte recurrente defendió su existencia por entender acumulable la reducción de los dos años, de tal forma que se alcanzaría un 11,4 % que superaría el 7 % fijado por el precepto legal. Con argumentos formales sustancialmente coincidentes con los defendidos al rechazar el primer motivo, la Sala desestima el recurso por considerar, con buen criterio a mi parecer, que la tesis de instancia es la que mejor se acomoda a una interpretación literal del precepto, y también "porque es, además, la que más se aproxima al déficit presupuestario *persistente* al que se refiere la disposición adicional vigente del ET de la que este art. 35 del Real Decreto es desarrollo". Un punto más, en definitiva, en una interpretación rigurosa de aquello que deba entenderse por insuficiencia presupuestaria sobrevenida.

C) Por último, el tercer motivo del recurso no se acompaña de la cita o fundamento de precepto legal alguna, sino que son, siempre según la Sala (no he leído el recurso de casación y por ello no puedo pronunciarme en este punto) consideraciones "políticas y económicas" sobre la regulación de los despidos colectivos en las Administraciones Públicas y cómo debería abordarse y tratarse la misma en sede judicial por sus diferencias con los supuestos de despidos colectivos en el sector privado, y todo ello para defender la corrección de su actuación. Nuevamente con un planteamiento formalista y apegado a la literalidad de lo dispuesto en la normativa aplicable, la Sala rechaza el motivo; en primer lugar, y con indudable coherencia jurídica, porque una alegación sin apoyo en un hipotético precepto infringido, y más en un recurso "eminentemente jurídico" como es el de casación, no permite entrar a resolver sobre la alegación expuesta; y en segundo término, porque, guste o no, y al menos mientras no se modifique la norma (manifestación que es, destaco, de mi propia cosecha y no de la Sala), el TS manifiesta con rotundidad que hay que respetar el principio de legalidad, a las que hay que someterse, y de ahí que las consideraciones efectuadas por la recurrente "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..".

4. Una vez examinado, y rechazado, el recurso de la Diputación, la Sala se adentra en el examen y resolución del recurso de las partes demandantes en la instancia, que igualmente será desestimado. Dos motivos versan sobre la revisión de los hechos probados (art. 207 d de la LRJS) y cinco sobre la presunta infracción de la normativa o jurisprudencia aplicable (art. 207 e), y no se olvide que en la demanda se solicitaba la declaración de nulidad de los despidos y sólo de forma subsidiaria que fueran considerados, como así se declaró, no conformes a derecho.

A) La revisión, y me remito al fundamento jurídico tercero para conocer con detalle la petición de las recurrentes, es desestimada por considerar la Sala que aunque pudiera considerarse acreditado el hecho que se pretende revisar ha de "resultar trascendente para el resultado del pleito" y ninguna de las revisiones solicitadas cumple ese requisito.

B) Entra a continuación la Sala en la resolución de los argumentos jurídicos sustantivos, un total de cinco, y que reiteran en buena medida las argumentaciones de la demanda, por lo que me remito también a la fundamentación de la sentencia de instancia para rechazar la tesis de las partes entonces demandantes y concentrar ahora mi atención en el contenido más relevante de la sentencia del TS.

En primer lugar se denuncia vulneración del principio de igualdad de trato por la aplicación de la medida del despido a los trabajadores indefinidos no fijos y su no aplicación a los que tienen la

consideración jurídica de fijos, entendiendo que se ha vulnerado el principio de igualdad del art. 14 de la Constitución, que las recurrentes ponen en relación con los criterios de selección de los trabajadores afectados que son regulados por el art. 51 de la LET, además de referirse también, en la medida en que se trata de despidos en las Administraciones Públicas a los arts. 35 y ss del RD 1483/2012, y al derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la CE que sería vulnerado por la decisión judicial (en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia del TS se hace referencia, por error, al art. 124 de la CE, referido al Ministerio Fiscal).

La Sala procede a un detallado análisis de la doctrina constitucional sobre el principio de igualdad, y también a la suya propia, que va a poner en relación, tal como hizo la sentencia de instancia, con la redacción de la disposición adicional vigésima de la LET que otorga prioridad de permanencia en caso de despido colectivo al personal laboral fijo, en virtud de la enmienda introducida por el grupo popular durante la tramitación parlamentaria del proyecto de ley resultante del RDL 3/2012 y que acabaría convirtiéndose en la Ley 3/2012.

En esta intensa, y no acabada, polémica entre la regulación jurídica de los trabajadores indefinidos no fijos y de los trabajadores fijos en las Administraciones Públicas, y que ha dado lugar a una amplia, y cambiante en el tiempo, jurisprudencia de la Sala sobre cómo puede operarse la extinción de una relación contractual de un trabajador que se encuentre en el primer bloque, baste ahora señalar que la Sala mantiene la tesis de la inexistencia de igualdad jurídica entre ambos supuestos, en razón fundamentalmente de su forma de acceso a un puesto de trabajo en la Administración, inexistencia de igualdad que no puede ni debe afectar a las condiciones laborales durante la vigencia de la relación contractual pero que "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". Por consiguiente, y a modo de conclusión, si no existe la igualdad jurídica defendida por las recurrentes, el primer motivo del recurso debe ser destinado.

C) En estrecha relación con el primer motivo se argumenta el segundo, en el que además de los preceptos legales antes citados se añade el art. 124.1 b) y d) de la LRJS (o al menos eso es lo que aparece en el fundamento jurídico quinto, aunque creo que debe haber un error, ya que las referencias jurídicas en las que basa la argumentación pueden encontrarse en el art. 122.2, letras citadas), y se defiende que la empresa actuó en fraude de ley, ya que la auténtica razón de los despidos no serían las causas económicas (que la sentencia de instancia consideraría no acreditadas aunque sí existiera déficit presupuestario) sino el deseo de reducir plantilla, "con la finalidad de terminar su relación laboral con los trabajadores indefinidos no fijos". Si fue rechazado el primer motivo, ello conllevará el rechazo del segundo, por no entender existente ese fraude el TS ya que durante el período de consultas, a partir de lo recogido en los hechos probados, se debatió ampliamente sobre las causas económicas alegadas y la inevitable necesidad, según la empresa, de reducir plantilla.

Para el TS, que sigue al TSJ, no hubo fraude, además de lo ya expuesto, porque no se despidió a todos los trabajadores indefinidos no fijos (es cierto que se mantuvo a quienes la empresa consideró que desempeñaban puestos de trabajo que resultaban "imprescindible", decisión que entra dentro del margen organizativo de que dispone la empresa y que sólo sería cuestionable si quedara acreditada su falta de razonabilidad o el carácter discriminatorio con respecto a otros trabajadores) y además se mantuvo a los representantes legales, las personas con discapacidad y quienes estaban, por su edad, cercanos a la jubilación (sobre este punto, y una valoración matizadamente crítica, remito a mi comentario de la sentencia del TSJ).

D) Un nuevo motivo del recurso postula la declaración de nulidad de los despidos por no haberse puesto a disposición de la representación de los trabajadores toda la documentación a la que legalmente estaba obligada la empresa (vulneración del art. 51 de la LET, 38, 39 y 44.2 del RD 1483/2012, y art. 124.1 b (sic) de la LRJS). En apoyo de su tesis, las recurrentes argumentaron que era

la misma que la recogida en el informe emitido por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, informe al que consideraban que "debe dársele presunción de veracidad"; informe, cuyo contenido es valorado de forma diferente por el TS y al que no le otorga la presunción de certeza de las actas, dado que sólo afirma 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". Para la Sala, "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…", concluyendo que "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".

Con carácter general, y aun cuando se cite al final de la argumentación de la Sala sobre el motivo expuesto, conviene recordar, y así lo hace el TS con cita de la doctrina contenida en sus dos primeras sentencias en materia de despidos colectivos tras la reforma laboral de 2012, de fechas 20 de marzo y 27 de mayo de 2013, que no existirá nulidad de la decisión empresarial cuando la documentación que se adjunte por la empresa (tesis antiformalista) sea "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..".

Con respecto a la documentación entregada en el caso enjuiciado, y a partir de los datos recogidos en el hecho probado segundo, es considerada totalmente correcta por la Sala, que no alcanza a ver qué documentos adicionales hubiera sido necesario entregar para que la representación de los trabajadores tuviera un mejor y más adecuado conocimiento de la situación económica de la empresa, y si bien se citan algunos por las recurrentes se rechaza la alegación porque "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..". Concreta aún más la Sala su rechazo de la tesis de la recurrente al exponer que un documento que no fue entregado al inicio del período de negociaciones, el certificado de la intervención de reducción de crédito presupuestario de 2013 respecto de 2012, sí lo fue en enero de 2013, con plena corrección jurídica dado que "esa certificación difícilmente podía ser aportada antes de aprobarse dichos presupuestos".

E) El cuarto motivo del recurso versa sobre la superación del período máximo legal del período de consultas (vulneración del art. 51 LET, en relación con los arts. 7.5 y 44.3 del RD 1483/2012). Ya rechacé esta argumentación en mi análisis de la sentencia de instancia, por lo que sólo puedo ahora coincidir plenamente con su desestimación por parte del TS, ya que la aplicación de la tesis antiformalista que inició la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y continuaron los Tribunales Superiores de Justicia, y que ha sido acogida por el TS en sentencia de 15 de abril de este año, lleva ciertamente a defender el máximo respeto al cumplimiento de los plazo máximos legales pero siempre y cuando no exista acuerdo entre las partes para proceder a su ampliación al objeto de intentar llegar a un acuerdo, y ese acuerdo no esté viciado. En el caso concreto hubo acuerdo de las partes para su superación en razón de coincidir el período de consultas con las festividades navideñas, y la superación del plazo máximo legal no produjo indefensión a ninguna de ellas, por lo que decae el motivo alegado.

F) Por fin, llegamos al quinto y último motivo jurídico sustantivo del recurso, en donde creo que la parte recurrente "riza el rizo" ya que pretende demostrar que no existió despido colectivo porque la decisión final de la empresa (que ocupa a más de 300 trabajadores) afectó a un número inferior (25) al legalmente exigido (30) para llevar a cabo un procedimiento de despido colectivo. Salvo que haya alguna razón detrás del argumento que con toda sinceridad se me escapa tras la lectura de la sentencia de instancia y la del TS, no me queda sino coincidir con el alto tribunal que afirma que el argumento "carece totalmente de justificación", ya que es, y así lo recogió ya la sentencia de instancia, "en el momento de iniciarse el expediente cuando deben cubrirse los umbrales mínimos establecidos para

acudir al procedimiento de despido colectivo". Si no ha quedado probado, y no lo ha sido, fraude de ley alguno en la decisión empresarial, la consecuencia subsiguiente es la desestimación del último motivo alegado.

### *2.2.5. Despidos colectivos. El caso de la Agencia Valenciana de Movilidad llega al Tribunal Supremo, que confirma la sentencia del TSJ. Nota a la sentencia de 21 de mayo.*

1. Es objeto de esta entrada el comentario del caso "Agencia Valenciana de Movilidad" (AVM). El recurso de casación interpuesto por la Generalitat contra la sentencia dictadael 12 de marzo de 2013 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior deJusticia de la Comunidad Valenciana fue desestimado por la sentencia dictada el21 de mayo por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de la que fue ponente el magistrado Manuel Ramón Alarcón, sentencia que cuenta con el voto particular de dos magistrados que entienden que debió estimarse el recurso. La resolución dictada por el TS acoge parcialmente la tesis del preceptivo informe emitido por el Ministerio Fiscal, que consideraba que debía estimarse el primero de los motivos alegados por la empresa de infracción de ley.

2. La sentenciadel TSJ fue objeto de un detallado análisis en una entrada anterior del blog, del que recupero ahora los contenidos que considero más relevantes para enmarcar adecuadamente la respuesta del alto tribunal al recurso de la empresa.

"A) Es interesante, no sólo por su contenido sino también por sus consecuencias jurídicas, la sentencia dictada por el TSJ con ocasión de la demanda interpuesta por la representación de los trabajadores (delegados de personal) contra el ERE presentado por la Agencia Valenciana de Movilidad, un organismo de Derecho Público que ha desaparecido, en virtud del redimensionamiento del sector público de la Comunidad Valenciana, el pasado 1 de enero, pasando sus funciones comerciales a ser desempeñadas por la entidad pública "Entidad de infraestructuras de la Generalitat Valenciana" y las de carácter administrativo por la Conselleria de Infraestructuras, territorio y medio ambiente. Lógica consecuencia de este cambio organizativo, es que la demanda también se dirige contra la entidad y Conselleria citadas, en la que se pide la declaración de nulidad de las extinciones contractuales y, subsidiariamente, la declaración de no ajustada a derecho.

El ERE fue presentado por la AVM con anterioridad a su desaparición jurídica, en concreto el 22 de noviembre, al objeto de extinguir 31 contratos (la empresa contaba con una plantilla de 39 trabajadores), dada la necesidad de operar las extinciones contractuales antes de dicha desaparición. Queda constancia en los hechos probados de la documentación presentada por la empresa con ocasión del inicio del período de consultas, con detallada referencia de las causas económicas y organizativas alegadas, destacando de la documentación de las segundas el Decreto que procedió a reestructurar y racionalizar el sector público empresarial autonómico, y de la primera (obligada por el art. 35 del RD 1483/2012) la certificación del responsable del órgano contable de la AVM "donde consta la concurrencia de las causas de insuficiencia presupuestaria". El art. 16 del Decreto-Ley de 19 de octubre procede justamente a la supresión de la AGM, obligando la disposición adicional primera a adoptar las medidas laborales adecuadas para "redimensionar" las plantillas, debiendo acudir para su justificación a "causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, en los términos de los artículos 39, 40, 41, 51, 52 c) y 82.3 y de las disposiciones adiciones vigésima y vigésima primera del texto refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores…".

Es decir, se trata de un ERE que encuentra su razón de ser en una decisión política previa por la que se acuerda la supresión de este organismo de Derecho Público, si bien se acuerda el mantenimiento de ocho trabajadores de su plantilla que desarrollan tareas de carácter comercial y que se incorporan a la entidad pública "Entidad de infraestructuras de la Generalitat Valenciana. La documentación presentada también aporta los criterios "tenidos en cuenta a la hora de determinar la afectación por la extinción", es decir cuáles son las razones y motivos que llevan a seleccionar a ocho trabajadores para su mantenimiento del empleo: desempeño de funciones de naturaleza comercial, condición de personal laboral fijo de la AVM, mayor cualificación profesional, mayor antigüedad en el área comercial, mayor antigüedad en la empresa, mayor edad, mayor experiencia profesional, mayores cargas familiares y mayor grado de discapacidad "en su caso".

Igualmente, queda debida constancia en los hechos probados del desarrollo del período de consultas desde el día 26 de noviembre, destacando a mi parecer en dicho período la argumentación de la parte trabajadora de encontrarnos ante una sucesión de empresa, ex art. 44 de la LET, por lo que la totalidad de la plantilla debía ser incorporada bien a la Conselleria bien a la nueva entidad pública según sus tareas fueran comerciales o administrativas, respondiendo negativamente la representación de la parte empresarial por entender que no era factible dicha posibilidad, "puesto que la relación del personal al servicio de la Generalitat es funcionarial, mientras que la que ligaba a la AVM con los trabajadores es de naturaleza laboral". La parte trabajadora formuló diversas propuestas para reducir el número de despidos, proponiendo bajas voluntarias incentivadas con una indemnización superior a la legalmente prevista en la LET. La parte empresarial se mantuvo en su tesis de la necesidad de las extinciones contractuales, con alguna propuesta de mejora económica por disponer de una cuantía de 108.000 euros para ello, propuesta no aceptada por la parte trabajadora. Finalmente, el 27 de diciembre se comunicó la decisión empresarial de extinguir 31 contratos, procediéndose a la comunicación individualizada al día siguiente.

Por la importancia para la resolución del supuesto enjuiciado es necesario referirse al hecho probado octavo, en la que pasa revista a otro ERE de una empresa adscrita a la misma Conselleria, "Ferrocarrils de la Generalitat Valenciana", en la que la empresa propuso inicialmente la extinción de 450 contratos y tras el período de consultas se redujo a 310, la mayor parte vía mecanismos voluntarios de extinción y con percibo de una indemnización superior a la legalmente establecida.

B) En los fundamentos de derecho la Sala se plantea cuál es la normativa de aplicación, la LET y el RD 1483/2012, y se refiere a la exclusión que efectúa la Directiva 98/59/CE sobre despidos colectivos de aquellos que afecten "b) a los trabajadores de las administraciones públicas o de las instituciones de Derecho público (o las entidades equivalentes en los Estados miembros en que no conozcan esta noción)", si bien no conviene olvidar que el art. 5 de dicho norma europea dispone que "La presente Directiva no afectará a la facultad de los Estados miembros de aplicar o de introducir disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores o de permitir o de fomentar la aplicación de disposiciones convencionales más favorables para los trabajadores.". La Sala entiende que la Directiva resulta aplicable como norma interna por cuanto que "los principios que inspiran la misma, y su interpretación" se encuentran transpuestos al ordenamiento jurídico interno por el artículo 51 de la LET, aplicable al caso objeto de atención (al igual que el RD 1483/2012) en virtud de lo dispuesto en la disposición adicional vigésima de la LET según redacción de la Ley 3/2012 de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. En cuanto a la normativa procesal aplicable, es obligada la referencia al art. 124 de la Ley 36/2011, reguladora de la jurisdicción social.

La parte demandante solicitó la declaración de nulidad de la decisión empresarial por diversos motivos: por haber existido arbitrariedad en la selección de los trabajadores afectados (y no afectados) por el ERE; por omisión de la entrega de la documentación que acredite la situación de déficit presupuestario "en el ejercicio anterior de la administración en la que se integra la AVM"; por falta de buena fe negocial durante el desarrollo del período de consultas; en fin, por inexistencia de las causas económicas y organizativas alegadas por la empresa, ya que en puridad jurídica, siempre según la parte trabajadora, estaríamos ante un supuesto de sucesión de empresa, tal como he explicado con anterioridad.

a) La Sala pasa revista en primer lugar a la alegación de los criterios de selección de los trabajadores afectados, rechazada por la parte trabajadora la distinción entre trabajos comerciales y administrativos ya que "en la empresa existía una verdadera polivalencia funcional". La Sala no acepta esta tesis a partir de los hechos probados, y considera acreditada la existencia de dicha diferenciación de tareas, sin perjuicio de poder volver a entrar en su análisis, en concreto respecto al número de trabajadores afectados, al valorar si concurre la causa alegada (algo que no se producirá como expongo al final de mi comentario). La Sala recuerda igualmente, al amparo de lo dispuesto en el art. 124.11 de la LRJS que la aplicación de las reglas sobre prioridad de permanencia de un trabajador en la empresa no corresponde resolverla en sede de proceso por despido colectivo, sino que "únicamente

puede discutirse en el eventual proceso que siga a consecuencia de la interposición de la demanda por un concreto trabajador despedido impugnando su cese".

b) Con respecto a la queja de falta de documentación, la parte trabajadora alega que debió aportarse la correspondiente a la Conselleria de Infraestructuras a la que se encuentra adscrita la AVM, cuando la documentación que se presentó fue la de la Generalitat.

La Sala analiza con detalle el art. 35.3 del RD 1483/2012 y el concepto de insuficiencia presupuestaria sobrevenida… La amplitud del precepto referenciado, que considera insuficiencia presupuestaria sobrevenida la circunstancia de 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", lleva a la Sala, que no se cuestiona la legalidad de este precepto, a la denegación de la tesis de la parte trabajadora y de contrario la aceptación de la tesis empresarial de que, al estar la empresa integrada en la administración autonómica, es "tal Administración en su conjunto respecto de la que debía aportarse la certificación del responsable del órgano contable u oficina presupuestaria acreditativa de la situación de déficit".

Repárese en la importancia de esta interpretación, que permite a cualquier empresa integrada en una Administración (estatal o autonómica) acogerse a un ERE si hay un déficit presupuestario en el conjunto de dicha Administración, aunque no lo hubiere por ejemplo en el departamento o consejería al que estuviere adscrita. La Sala acude también a la Ley 30/1992 para poner de manifiesto que las AA PP actúan con personalidad jurídica única, y por ello no puede aceptarse que la Conselleria a la que

está adscrita la AVM "sea una administración con personalidad jurídica diferenciada de la Generalitat Valenciana, sino que es un departamento integrado en la misma". Incidentalmente, aunque en refuerzo de la tesis denegatoria, la Sala recuerda que no consta que la documentación ahora alegada por la parte trabajadora como causa posible de nulidad (más exactamente su falta) "fuera reclamada por la representación de los trabajadores en el período de consultas".

c) Más enjundia tiene la alegación de falta de buena fe negocial por parte empresarial, es decir el incumplimiento del art. 51.2 de la LET, tesis que será aceptada por la Sala y que llevará a declarar la nulidad de la decisión de extinción de 31 contratos, condenando a la Conselleria y la Entidad de Infraestructuras a reincorporar a los trabajadores a sus puestos de trabajo "en atención a la naturaleza administrativa o comercial de las funciones desempeñadas por los afectados".

La sentencia recuerda el contenido de dicho precepto, su adecuación-desarrollo de la Directiva 98/59/CE, y trae a colación la sentencia del TSJ del País Vasco de 11 de diciembre (analizada en una anterior entrada del blog) y la sentencia del TJUE de 27 de enero de 2005 (asunto C-188/2003), para poner de manifiesto que nos encontramos en presencia de una auténtica obligación para ambas partes, debiendo las dos buscar acercamientos en sus posiciones y negociar de buena fe y sin posiciones cerradas de antemano a acoger total o parcialmente las propuestas de la otra parte.

Es decir, no se trata de "cumplir una formalidad", sino que la Sala afirma con una contundencia manifiesta que "es precisa la adopción de una conducta activa y positiva, en aras a procurar su cumplimiento real y efectivo, orientada por los valores de probidad, lealtad, honradez, rectitud, corrección, respeto, coherencia y fidelidad a la palabra dada y al comportamiento debido". En apoyo de su tesis, la Sala se remite a la sentencia del TSJ de Cataluña de 13 de junio, recuerda la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencia de 14 de marzo de 2006 y 3 de junio de 1994) en la que se manifiesta que la condición de ente público del empleador y su sumisión a la normativa presupuestaria "no exime del deber de negociar de buena fe", y que la Administración está sujeta a las mismas reglas jurídicas que las demás empleadoras (tesis ya acogida en la sentencia 205/1987 de 21 de diciembre del Tribunal Constitucional), para acabar remitiéndose a la doctrina de la propia Sala y sus criterios semejantes a los ahora defendidos en la presente resolución.

De la teoría general al litigio concreto, y siempre con referencia a lo dicho y recogido en las actas del período de consultas, cuya importancia no me cansaré de resaltar. Queda constancia de la actitud cerrada de la empresa, de su inexistencia de voluntad negociadora respecto a la extinción, y al número, de contratos, rechazándose por la Sala la tesis empresarial de la imposibilidad jurídica de

incorporación de los trabajadores despedidos a la Conselleria (al menos los de carácter comercial), remitiéndose la Sala a lo dispuesto en el art. 16 antes citado del Decreto-ley 7/2012, en el que se prevé la subrogación de la Conselleria en todas las relaciones jurídicas de la entidad, "relaciones jurídicas entre las que se encuentran sin duda los contratos de trabajo, siendo el vínculo jurídico de los trabajadores con la AVM de naturaleza contractual …"

Para la Sala, no ha habido movimientos por la parte empresarial durante el periodo de consultas que acrediten su voluntad negocial, no habiendo respondido, o simplemente rechazado, las propuestas de la parte trabajadora para atenuar el coste social de la medida. Y, como ya he destacado, la Sala contrapone la actitud cerrada y no receptiva de la parte empresarial en este conflicto con la actitud abierta y receptiva manifestada por otra empresa de la misma Conselleria en otro ERE, en el que se alcanzó un acuerdo y se acogieron propuestas de la parte trabajadora, hecho que demuestra claramente para la Sala, y comparto su criterio, "que las limitaciones presupuestarias no han de ser óbice al logro de un acuerdo o, al menos, a que la AVM hubiese mantenido una postura cuando menos receptiva y negociadora respecto de las propuestas formuladas por los trabajadores". Esta declarada falta de voluntad negociadora, de no moverse de la propuesta inicial, y de que "las extinciones se ajustaran a los mínimos legales con el menor coste posible", es lo que lleva a la Sala a declara la ausencia de buena fe durante el período de consultas y la consiguiente declaración de nulidad de la decisión empresarial. Esta decisión de la Sala lleva a no entrar en el análisis de la existencia o no de las causas económicas y organizativas alegadas por la parte empresarial.

Concluyo. Importancia de una actitud constructiva durante el período de consultas, y aceptación de la tesis del déficit de toda la Administración para poder presentar un ERE en una empresa, ente, entidad u organismo de la misma, son las dos notas más relevantes de la sentencia analizada".

3. Paso a la sentencia del TS. El recurso de casación se interpone con alegación de cinco motivos al amparo del art. 207 de la Ley reguladora de la jurisdicción social; más concretamente, tres en los que se solicita (apartado d) la revisión de hechos probados en la instancia, y dos (apartado e) en los que se argumenta la infracción de la normativa o jurisprudencia aplicable.

A) La Sala rechaza la revisión solicitada de los hechos probados por entender, de acuerdo con el Informe del Ministerio Fiscal, que los documentos citados por la recurrente fueron valorados y tenidos en cuenta por el TSJ en la resolución recurrida, que los valoró y llegó a una determinada conclusión recogida en los hechos probados, conclusión debidamente argumentada y que, ciertamente, es distinta de la tesis defendida por la recurrente, siendo así que no puede aceptarse, tal como aduce el TS, imponer la tesis de quien recurre al "imparcial criterio del juzgador". Remito a la lectura del fundamento jurídico cuarto.

B) Las alegaciones sustantivas son analizadas y resueltas, también en sentido desestimatorio, en los fundamentos jurídicos quinto y sexto. La primera tesis del recurso se basa en la infracción del art. 51.2 de LET en cuanto que a su parecer fue la parte trabajadora quien no actuó de buena fe durante la negociación y por ello la sentencia de instancia ha errado en su razonamiento jurídico, pero dicha tesis no puede prosperar al no haberlo hecho la revisión de los hechos probados en la que justamente se demostraría, siempre según la empresa, la mala fe del banco social.

Cobran aquí particular importancia, nuevamente, las actas de las reuniones celebradas durante el período de consultas, y el TS también efectúa, algo que cabe valorar muy positivamente, "una lectura completa y atenta de las actas", llegando a la misma conclusión que el tribunal de instancia y concluyendo que no hubo por parte de este "ningún defecto de interpretación y, por ende, infracción alguna del art. 51.2 del ET". Distinta valoración es la efectuada, como he indicado al inicio de mi exposición, por el Ministerio Fiscal, que consideró que sí había habido algunos movimientos por la empresa durante la negociación, en los mismos términos que la tesis defendida por esta en el recurso.

Recuerdo en cualquier caso, y compartiendo la tesis de la sentencia de instancia y también la del TS, que muy probablemente pesara en la resolución del TSJ la actitud abierta y negociadora por parte de otra empresa pública autonómica en otro procedimiento de despido colectivo, que contrastaba con la totalmente contraria sostenida en el litigio ahora objeto de análisis.

C) Desde el ámbito de los despidos colectivos en el ámbito público, tiene especial importancia el fundamento jurídico sexto, en el que el TS ha de responder a las alegaciones de la recurrente de haber infringido la sentencia de instancia diversos preceptos del Decreto-Ley autonómico 7/2012 en relación con otros varios de la ley de la función pública de la Comunidad Valenciana ("la infracción del artículo 16 del Decreto-ley de la Generalitat 7/2012, de 19 de octubre, así como de sus Disposiciones Adicionales 3 ª y 4ª, en relación con los artículos 15 , 17 y 38 de la Ley 10/2010, de la Generalitat , de Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana").

La tesis de la recurrente es que la infracción se habría producido porque según los preceptos citados "era imposible que la Conselleria se subrogase en los contratos de trabajo de los despedidos por no ser estos funcionarios". Un interesante debate jurídico, ciertamente, y en el que estoy seguro de que se encontró a gusto el ponente de la sentencia dados sus amplios conocimientos de la materia, es decir, de las relaciones laborales (aplicables al personal estatutario y al personal laboral) en la función pública, y en el que nuevamente reaparece la diferencia de actitud negociadora por la empresa en este procedimiento si se compara con el habido en el de la empresa "Ferrocarrils de la Generalitat Valenciana", enfatizando la sentencia que "Traer a colación este contraste es pertinente, habida cuenta de que, según consta en el acta de la primera reunión realmente negociadora (la de 26 de noviembre) la propia empresa afirmó que valorarían la propuesta de la representación de los trabajadores y su coste "a efectos de poder compararlo con las mejoras que hayan podido producirse en otras entidades públicas, sometidas igualmente a Expedientes de Regulación de Empleo". La diferencia de coste entre lo acordado en el caso de Ferrocarrils -en la que se pretendían inicialmente extinguir 450 contratos- y lo que podría suponer la propuesta de los trabajadores de AVI -cuya plantilla era de solo 39 trabajadores es sencillamente abismal. Pero el caso de AVI estaba, como hemos visto, decidido de antemano: no era un problema de coste".

La Sala recuerda que es el art. 1 del D-L en donde se establece la subrogación, que se refiere, aunque no de forma exclusiva, a las relaciones contractuales laborales existentes, pues no de otra forma pueden interpretarse los apartados 4 y 5 de la disposición transitoria primera de la citada norma (""4. Hasta el 31 de diciembre de 2012, como máximo y de forma transitoria, las funciones se seguirán desarrollando por quienes las tenían atribuidas con anterioridad a la entrada en vigor de la presente norma, salvo lo previsto en la disposición siguiente"." 5. En caso de que la correspondiente normativa de desarrollo prevea que los plenos efectos de alguna de las operaciones previstas en el presente decreto ley sea anterior a 1 de enero de 2013, el abono de las retribuciones del personal afectado se efectuará, en el ejercicio 2012, con cargo a los créditos del programa presupuestario al que estuvieran adscritos *previamente a su integración*" (cursivas nuestras)". La tesis de la Sala queda perfectamente reflejada en este párrafo de la sentencia que por su importancia reproduzco literalmente: "Ahora bien, es cierto que -como alega el recurrente- las Disposiciones Adicionales Primera a Quinta del propio Decreto-ley 7/2012 ordenan el "redimensionamiento de plantillas" de todo el Sector Público Empresarial y Fundacional. Pero una cosa es redimensionar una plantilla -acudiendo al procedimiento legalmente establecido en el art. 51 ET - y otra extinguir los contratos de práctica totalidad de una plantilla con el pretexto de que los que realizan funciones administrativas no pueden ser integrados como personal laboral en la Consellería que va a asumir esas funciones, y respecto a los que realizaban funciones comerciales ni siquiera con ese pretexto. No es eso lo que dice la Disposición Adicional Segunda del Decreto-ley 7/2012 , que establece los "criterios y procedimiento para la integración del personal laboral propio de los entes" que se suprimen (como la AVI). Y en su número uno se establece el criterio principal: dicho personal "pasará a integrarse en los entes de dicho sector que asuman el ejercicio de sus funciones". Y ya hemos visto que, en el caso de AVI, sus funciones administrativas y comerciales son asumidas, respectivamente, por la Consellería de Infraestructuras, Territorio y Medio Ambiente y por la nueva entidad empresarial EIGE. Ese es el criterio básico que debe aplicarse, máxime cuando el personal laboral de AVI había ingresado superando los correspondientes procesos selectivos en los términos previstos en la legislación básica estatal y en la normativa de la función pública valenciana y que, por mandato expreso del nº 2 de la Disposición Adicional Tercera del Decreto-ley 7/2012 "mantendrá dicha condición en la entidad en la que se integre".

En conclusión, para la Sala no es el D-L el que impone la no subrogación del personal (administrativo y comercial, a excepción de ocho del segundo grupo), sino que se trata de una decisión adoptada por la Consellería y que la empresa no hace sino aplicar "al pie de la letra". A partir de esta decisión es cuando el procedimiento negociador es una pura fachada en cuanto que la empresa no va nunca a proceder a modificar su decisión extintiva, por lo que difícilmente, y vuelvo al debate sobre la existencia o no de buena, puede aceptarse según el TS que haya habido una mínima actitud abierta por parte empresarial durante el proceso negociador. Insiste la Sala en una cuestión de importancia relevante a mi parecer, cual es que no es válido acudir a la ley de la función pública para defender la tesis de la imposibilidad de la subrogación cuando lo único que dice el art. 17.5 es que el personal laboral fijo, y los trabajadores afectados por los despidos lo eran, "no podrá ocupar puestos de trabajo clasificados para el personal funcionario", siendo así que el personal administrativo y comercial podía ser asignado al desarrollo de tareas llevadas a cabo por la Conselleria que encajaban perfectamente dentro de las de carácter laboral y a las que son de aplicación el convenio colectivo de referencia.

4. La sentencia, como ya he indicado, cuenta con el voto particular del magistrado José Manuel López, al que se adhirió el magistrado José Luís Gilolmo. La tesis central, en la misma línea que la defendida por el Ministerio Fiscal, es que la empresa actuó de buena fe y con fundamentación adecuada durante el período de consultas. Parte en su argumentación de que no hubo discrepancia sobre la información facilitada por la empresa al iniciarse el proceso negociador y que la empresa sí negoció, es decir adoptó una postura abierta durante ese proceso, concretada según el voto en que "ofertó unos cursos de formación para la obtención del certificado de aptitud profesional que facilitara acceso a permisos de conducir de las más variadas categorías, oferta que aceptaron 19 empleados de los 31 afectados. Ofertó el reparto lineal de 108.000 euros entre los afectados y, finalmente, suscribió convenio con la seguridad social a favor de los afectados con 55 años o más". Obsérvese la interpretación "ligth" que se realiza por el voto particular del concepto de buena fe negocial si lo relacionamos con el caso concreto, en el que la cuestión central y nuclear de todo el debate giró alrededor sobre la subrogación de los trabajadores y la negativa total y absoluta de la empresa (en virtud, como he dicho antes, de las resoluciones adoptadas por la Consellería y que siguió "al pie de la letra").

No tengo nada que objetar, ningún jurista lo hará sin duda, a la afirmación que efectúa el voto respecto a la presunción de actuación conforme a la legalidad de las Administraciones Públicas, y que "sólo pueden asumir los compromisos que la ley les permite". Pero a partir de aquí, la argumentación del voto es justamente la contraria de la de la sentencia, defendiendo que la empresa siempre actuó de buena fe en cumplimiento de los criterios fijados por la Conselleria, y que el personal despedido no podía incorporarse a la misma, porque a su parecer el personal administrativo no podía ser considerado como personal que tenía "un oficio concreto" y que son los que la normativa de la función pública permitiría que ocuparan un puesto de trabajo no reservado a funcionarios, y que si no encajan ahí eso "impedía que el personal administrativo pasase a desempeñar funciones administrativas en la Consejería". Obsérvese, en definitiva, la diferente, muy diferente, valoración jurídica de la Sala y del voto en punto a la posibilidad de que el personal laboral de la empresa afectada pudiera ocupar puestos de trabajo "laborales" en la Conselleria, algo que a mi parecer fundamenta debidamente tanto la sentencia de instancia como el TS y lo relaciona, como requisito previo, con la regla de la subrogación del personal.

En fin, el voto no acepta tampoco la comparación con el caso de los Ferrocarriles por entender que no podían ser objeto de comparación ya que "la AVM fue suprimida, mientras que la F.G.V. fue reorganizada (art. 17 del Decreto Ley 7/2012 ), el personal de la segunda debía pasar a quien la sustituyera, mientras que el personal de F.G.B. seguía en esta entidad que conservaba sus competencias.", olvidando que fue justamente el diferente talante negociador manifestado por la empresa en aquel caso el que posibilitó el acuerdo.

***2.2.6. El Ayuntamiento de Estepona vuelve a los tribunales. Notas a la sentencia, de importante contenido procesal, del TS de 2 de diciembre de 2014 que declara la nulidad formal de la Sentencia del TSJ de Andalucía de 25 de octubre de 2.012.***

1. Es objeto de anotación en esta entrada del blog la sentencia dictada el 2 de diciembre de2014 por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de la que fue ponente el magistrado Fernando Salinas. La resolución judicial casa y anula, en contra del criterio del Ministerio Fiscal en su preceptivo informe, la sentencia dictadael 25 de octubre de 2012 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior deJusticia de Andalucía (sede Málaga) "para que, con señalamiento de nuevo día para la celebración del juicio, la Sala de instancia valore y admita, en su caso, la prueba pericial que intentó presentar en su día la parte actora". La sentencia del TS cuenta con un voto particular del magistrado Miguel Angel Luelmo, al que se adhieren otros cinco magistrados, que sostien tesis contraria a la sentencia y cuyo párrafo primero es suficientemente expresivo del grado de discordancia con esta: "De modo tan respetuoso como decidido, disiento del parecer mayoritario expresado en la sentencia de la Sala, la cual suscribo por imperativo legal, sin perjuicio de expresar aquí mi posición contraria al respecto, pues entiendo que debió desestimarse el primer motivo de los tres recursos y entrarse a examinar el fondo del asunto".

2. La sentencia del TSJ andaluz fue objeto de uno de mis primeros comentarios sobreaquellasdictadas en procedimientos colectivos, dada la fecha de su aprobación, el 25 de octubre de 2012, que ahora reproduzco para enmarcar adecuadamente la resolución del alto tribunal, en el bien entendido que el TS sólo abordará una cuestión formal y al declarar la nulidad por este motivo no entra en el fondo del asunto. Me ha parecido conveniente mantener el conjunto de mi explicación dado que el TSJ andaluz deberá volver a pronunciarse sobre el fondo del asunto previa admisión de la prueba pericial presentada por la parte demandante.

"La sentencia resuelve la demanda interpuesta por el Comité de Empresa y varios sindicatos contra el ERE aprobado por el Ayuntamiento de Estepona de extinción de 176 contratos del personal laboral. Es una sentencia que considero de especial importancia ya que el TSJ se pronuncia sobre la viabilidad jurídica de un ERE para reducir la masa salarial del conjunto de la plantilla, desestimando las demandas interpuestas.

De los hechos probados interesa hacer referencia a la constatación de una importante deuda fuera del presupuesto municipal, cuantificada en 165 millones de euros a 31 de agosto de 2011, y el proceso de disolución de las sociedades municipales, a excepción de la empresa municipal de viviendas y aparcamientos; la firma de un acuerdo con el comité de empresa para modificar (ajustar o recortar sería más correcto afirmar) los convenios colectivos vigentes en las sociedades mercantiles íntegramente participadas por el Ayuntamiento; la asunción por este del personal contratado en las sociedades municipales; la aprobación del plan de mejora y saneamiento para tratar de reducir los gastos de personal, que en 2010 supusieron el 57 % de los ingresos ordinarios del Ayuntamiento; el plan de ajuste económico aprobado el 30 de marzo de este año al amparo de las posibilidades ofrecidas por el RDL 4/2012; los intentos de los responsables de personal para acordar con los trabajadores medidas de ajuste salarial, dada la difícil situación económica del consistorio y la inexistencia de acuerdo al respecto con la representación del personal; la presentación el 7 de julio de un ERE por causas económicas y organizativas para reducir la plantilla del Ayuntamiento (en aquel momento integrada por 1.084 personas – laborales y funcionarios --) en 176 trabajadores laborales, con entrega de la documentación requerida por la normativa vigente a la representación del personal, manifestando que la medida se adoptaba para dar cumplimiento al plan de ajuste, "habida cuenta del gravísimo desajuste económico y organizativo que existe actualmente en el Ayuntamiento"; la celebración del período de consultas desde el 7 de junio al 7 de julio, aún cuando no llegara a firmarse el acta de constitución de la mesa negociadora "al haberse negado a ello los representantes legales de los trabajadores" (Antecedente de hecho undécimo); el informe emitido por la ITSS, en el que se expone que la empresa "ha observado el procedimiento y que se especifican las causas del despido colectivo, organizativas y económicas…"; la relación del número de empleados municipales, que alcanzó la cifra de 1.084 en mayo de este año y que se ha reducido hasta 781 en septiembre como consecuencia de "la sucesiva externalización de servicios municipales".

En los fundamentos jurídicos hay varias cuestiones que merecen atención, y que a buen seguro serán abordadas y resueltas por el TS cuando deba pronunciarse sobre el recurso de casación anunciado:

a) La desestimación de una prueba pericial propuesta por un sindicato veinte horas antes del inicio de la vista, por considerar que su complejidad hubiera requerido que la parte interesada lo hubiera presentado con respeto del plazo de cinco días de antelación al acto del juicio, según prevé el art. 124.10 de la LRJS ("En la citación se acordará de oficio el previo traslado entre las partes o la aportación anticipada, en soporte preferiblemente informático, con cinco días de antelación al acto de juicio, de la prueba documental o pericial que, por su volumen o complejidad, sea conveniente posibilitar su examen previo al momento de la práctica de la prueba"), y además porque dicha parte no aportó ninguna explicación mínimamente convincente de la tardanza en la presentación de la prueba.

b) La Sala entiende que el despido no es nulo porque el alcalde es competente para despedir al personal laboral al amparo del art. 22.1 h) de la Ley 7/1985 de Bases del Régimen Local, no aceptando la tesis de la parte demandante sobre la competencia del Pleno para adoptar esa decisión de acuerdo a lo dispuesto en el art. 22.1 h). A mi parecer la interpretación que efectúa la Sala no toma en consideración que las decisiones sobre asuntos de especial importancia como el que ahora nos ocupa deben ser adoptadas por el Pleno y posteriormente ejecutadas por la máxima autoridad laboral, quien deberá dar cuenta al Pleno de cómo ha actuado. Creo que esta es, o debería ser, la interpretación más coherente e integradora de la norma, y que sin duda merecerá especial atención en su día por el TS.

c) No hay, a juicio de la Sala, vulneración de derechos fundamentales, o como mínimo cabe decir según la misma que la parte demandante no ha aportado los indicios necesarios que permitieran al Tribunal trasladar la carga de la prueba al sujeto empresarial (por ideología política o sindical). Tampoco hay discriminación entre el personal laboral y el funcionario por estar sólo afectado el primero por el ERE, ya que el régimen jurídico de ambos es diferente, según consolidada doctrina del TC. Es interesante la tesis de la parte demandante de la necesidad de soportar las consecuencias de la difícil situación por parte de todo el personal municipal, algo que no se ha producido en la práctica (y que desde un punto de vista de adecuada gestión de recursos humanos hubiera sido probablemente lo más adecuado), pero, vuelvo a insistir, el hecho de tratarse de dos regulaciones jurídicamente diferenciadas (aunque en la práctica cada vez más las diferencias sean menores y sólo se manifiesten en los procesos de selección y en la extinción del vínculo jurídico contractual o estatutario) lleva a la Sala a sostener que, del hecho de que el Ayuntamiento no haya adoptado medida alguna con respecto al personal funcionario, "no cabe apreciar que el expediente de regulación de empleo del personal laboral suponga discriminación alguna con respecto de este personal".

d) La Sala efectúa un amplio análisis de la nueva regulación de las extinciones colectivas en el sector público, y en concreto en las Administraciones Públicas, al amparo de lo dispuesto en la nueva disposición adicional vigésima de la LET

introducida por la reforma laboral. Creo que hubiera merecido más atención por parte de la Sala la argumentación de los demandantes sobre la inexistencia de la relación de puestos de trabajo ni tampoco de criterios de gestión de los recursos humanos en el Ayuntamiento, ya que el cumplir con requisitos previstos en el Estatuto Básico del Empleado Público hubiera ayudado muy probablemente a una mejor ordenación de la plantilla, pero la Sala no considera que tal inexistencia impida la aplicación de la LET en lo relativo al despido de empleados públicos, e igualmente desestima "de plano" la tesis de la imposibilidad de despidos colectivos en las AA PP o "la imposibilidad de que las actividades o servicios que prestan las Corporaciones Locales y que se sufragan mediante precios o servicios públicos no puedan presentar déficit". Considera probado, además, la Sala que la empresa presentó toda la documentación requerida por la normativa vigente a la representación del personal (por cierto, no he encontrado, salvo error u omisión por mi parte, ninguna referencia a la Directiva de la UE de 1998), aun cuando hubiera podido ser diferente su apreciación en razón de la importancia que la Sala hubiera otorgado a la documentación solicitada por la parte demandante y no aportada por la empresa, importancia que no se le otorga además desde la perspectiva jurídica por estimar la Sala "que la solicitud de de la documentación reflejada en las demandas no tiene amparo normativo alguno".

Con respecto al período de consultas se considera probado que hubo un amplio debate para tratar de buscar soluciones alternativas a los despidos del personal laboral, y la Sala critica a la representación del personal (¿excediéndose de la función jurisdiccional?) por su actuación en este trámite, y debo de confesar que la redacción del párrafo que transcribo a continuación me sorprende desde el plano jurídico: " A la vista de estas actas, no cabe apreciar que el Ayuntamiento no negociase de buena fe con vistas a la consecución de un acuerdo, acuerdo que desde un principio se presentaba muy difícil ante la negativa de los representantes legales de los trabajadores a dar su conformidad a dar su conformidad a despido alguno. Antes al contrario, el Ayuntamiento siempre estuvo abierto y receptivo a la formulación de propuestas por parte de la representación legal de los trabajadores que llevasen consigo una reducción de6.000.000 en el capítulo I del Presupuesto". La tesis de la sentencia, que además califica de "ejercicio de transparencia" por parte del equipo de gobierno municipal la publicación de la lista de trabajadores afectadas por el ERE antes de la aprobación y que, lo reconoce la propia sentencia, "limitó las posibilidades de conseguir una votación mayoritaria de rebaja de sueldos del personal laboral", me suscita esta reflexión: ¿quién es el que ha determinar o definir cuáles son las "buenas" o "malas estrategias negociadoras? Y la respuesta es "los agentes sociales". Por otra parte, y me reafirmo en tesis ya defendidas en anteriores entradas del blog, cada vez más adquirirán mayor importancia las actas del período de consultas para la resolución final del litigio por parte del tribunal.

e) El fundamento jurídico undécimo analiza el concepto de insuficiencia legal sobrevenida previsto en la disposición adicional vigésimo de la LET, y que ha sido concretado (y ampliado) en el RD 1483/2012, que considera existente por la difícil situación económica, debidamente acreditada. Ahora bien, me interesa destacar nuevamente el impacto de la normativa económica y su incidencia sobre las relaciones de trabajo. Frente a la extensa y detallada argumentación de la parte recurrente sobre la inexistencia de esta insuficiencia presupuestaria, sosteniendo que el Ayuntamiento ya había logrado la reducción de la masa salarial de la plantilla mediante la externalización de varios servicios municipales, la Sala no acepta esta tesis y argumenta que la condición de sobrevenida (en cuanto que se refiere a circunstancias "que no fueron tomadas en consideración al aprobar el Presupuesto) "se desprende de las obligaciones asumidas por el Ayuntamiento demandado al aprobar el Plan de Ajuste Económico …. En el que se comprometió a rebajar en 6.000.000 euros anuales el capítulo de gastos de personal", añadiendo que el Ayuntamiento había decidido acogerse a lo dispuesto en el RDL 4/2012 y que, por consiguiente, el Plan de ajuste no tenía carácter potestativo, tesis defendida por los demandantes, "ya que venía obligado al abono de las deudas a los proveedores y la aprobación del Plan de Ajuste le permitía". También acepta la Sala el argumento de la existencia de razones organizativas, por el "sobredimensionamiento" de la plantilla y la necesidad de llevar a cabo, justamente, ajustes organizativos de acuerdo con el plan de mejora y saneamiento económico, y con una nueva relación de puestos de trabajo, pero el hecho de la práctica congelación de la oferta pública de empleo en virtud de lo previsto en la Ley de PGE 2012 llevó al Ayuntamiento a la necesidad de adoptar su decisión de extinciones contractuales. Obsérvese, en definitiva, como hemos hablado muy poco de la reforma laboral propiamente dicha (RDL 3/2012 y Ley 3/2012) y mucho más de las normas económicas que van a permitir tanto ajustar o recortar plantillas como darle la justificación jurídica necesaria para hacerlo.

3. En las redes sociales hubo un amplio debate sobre la sentencia del TSJ andaluz una vez dictada, que después fue disminuyendo de intensidad, para volver a reanimarse con ocasión del señalamiento de fecha para debate en Pleno de la Sala del TS, en concreto el 26 de noviembre, y más aún con el conocimiento del fallo de la sentencia, ya que el texto íntegro ha sido notificado a las partes hace muy pocos días. La sentencia del TS no está disponible aún cuando redacto esta entrada en la base de datos del CENDOJ pero sí que se encuentra ya en las redes sociales.

Agradezco mucho a quienes han tenido la amabilidad de enviármela para que pueda comentarla en el blog, aunque es bien sabido que la resolución del TS no cierra el caso sino que sólo devuelve la situación litigiosa a la "casilla de salida", es decir al nuevo conocimiento por parte del tribunal de instancia. La amplia síntesis o resumen oficial de la sentencia es clara manifestación del importante contenido procesal de la misma: "Despido colectivo. Nulidad sentencia. La sala de instancia no puede rechazar prueba pericial propuesta en juicio por estimar que no se había aportado con antelación a 5 días antes del juicio y que tenía complejidad suficiente para que resto parte tuviesen oportunidad

estudiarla con dicha antelación. Tal decisión, además de vulnerar legalidad ordinaria, genera indefensión al vulnerar derecho a tutela judicial efectiva, privando de derecho a utilizar, en forma legalmente establecida, los medios prueba pertinentes para su defensa, impidiendo valerse de una prueba, solicitada en forma y en momento legalmente establecido que, por su naturaleza y alegado contenido, en principio, podría ser de utilidad, pertinencia y relevancia para desvirtuar prueba contraria y que no fue rechazada motivadamente por inutilidad o impertinencia, sino por una causa de extemporaneidad no amparada razonablemente en normas procesales aplicables, por lo que la resolución final proceso quizás podría haber sido distinta. Voto particular". Mucho más escueta fue la notapublicada por el gabinete de comunicación del Poder Judicial tras la deliberación por el Pleno de este caso y de otro no menos importante: "El Tribunal Supremo ha anulado las sentencias del TSJ de Andalucía que declararon ajustados a derecho los ERE llevados a cabo en el ayuntamiento de Estepona (Málaga) y en la UGT de Andalucía, respectivamente. La Sala de lo Social del Supremo ordena al TSJ andaluz repetir los juicios relativos a ambos ERE, por no practicar determinadas pruebas documentales o periciales, que ahora deberán llevar a cabo en el juicio antes de que se dicten las nuevas sentencias por el propio TSJ andaluz. El ayuntamiento de Estepona llevó a cabo un despido colectivo de 176 trabajadores, y la UGT de Andalucía, de 159".

4. Si tuviera que hacer una breve síntesis de la sentencia diría lo siguiente: es muy interesante desde la perspectiva jurídica procesal, ya que la Sala efectúa una argumentación sobre los plazos a cumplir para presentar la prueba pericial en juicio que debe merecer mucha atención, ya que es una cuestión importante como lo demuestra el que la Sala se haya prácticamente dividido en dos mitades a la hora de dictar la sentencia. Es muy sólida, jurídicamente hablando, a mi parecer, la sentencia. Desde la perspectiva más cercana al interés de los trabajadores afectados por el procedimiento de despido colectivo, la situación sigue casi igual que antes de dictarse la sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Ahora, deberá volverse a celebrar un nuevo juicio, en el que las partes demandantes aportarán y expondrán la prueba pericial que no fue aceptada en el juicio de 2012. Con respecto a otra prueba aportada tras el acto del juicio y cuya aceptación fue solicitada al TS, y rechazada por este, cabe pensar que la representación letrada de las demandantes intentará argumentar en base a ellas para reforzar su valoración de la prueba pericial, pero ya no me atrevo ahora a responder si el TSJ tomará en consideración esas valoraciones, ya que, repito, la prueba fue rechazada por el TS y supongo que esta alegación será formulada por la parte demandada. En síntesis, se trata de un caso "muy jurídico-procesal", que permite a las demandantes la posibilidad de argumentar en el nuevo juicio sobre la importancia de la prueba pericial a efectos de razonar la inexistencia de las causas económicas alegadas por la empresa, pero que ni da ni quita la razón a la parte demandada, que tratará de volver a argumentar en juicio que todas las causas alegadas en el anterior son válidas.

5. Vayamos a la sentencia del TS y en concreto en primer lugar hagamos referencia a los tres recursos de casación interpuestos por las demandantes en instancia, comité de empresa del Ayuntamiento, CC OO y UGT, con amparo en el art. 207 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social y con alegación de varios motivos, si bien la Sala sólo se pronunciará sobre el primero, en el que se alega vulneración del art. 207 c) de la LRJS ("Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte").

Los recursos alegan vulneración del art. 24 de la Constitución (derecho a la tutela judicial efectiva), y de tres preceptos de la LRJS: art. 87.6 ("Si las pruebas documentales o periciales practicadas resultasen de extraordinario volumen o complejidad, el juez o tribunal podrá conceder a las partes la posibilidad de efectuar sucintas conclusiones complementarias, por escrito y preferiblemente por medios telemáticos, sobre los particulares que indique, en relación exclusiva con dichos elementos de prueba, dentro de los tres días siguientes, justificando haber efectuado previa remisión a las demás partes comparecidas por los mismos medios. Durante el referido período, los documentos o pericias estarán a disposición de las partes en la oficina judicial y una vez transcurrido, háyanse presentado o no alegaciones, se iniciará el plazo para dictar sentencia"); 93.1 ("1. La práctica de la prueba pericial se llevará a cabo en el acto del juicio, presentando los peritos su informe y ratificándolo. No será necesaria ratificación de los informes, de las actuaciones obrantes en expedientes y demás

documentación administrativa cuya aportación sea preceptiva según la modalidad procesal de que se trate") y 124.10 ("10. En la misma resolución de admisión a trámite, el secretario judicial señalará el día y la hora en que haya de tener lugar la celebración del acto del juicio, que deberá tener lugar en única convocatoria dentro de los quince días siguientes a la admisión a trámite de la demanda. En la citación se acordará de oficio el previo traslado entre las partes o la aportación anticipada, en soporte preferiblemente informático, con cinco días de antelación al acto de juicio, de la prueba documental o pericial que, por su volumen o complejidad, sea conveniente posibilitar su examen previo al momento de la práctica de la prueba").

La tesis de las recurrentes es que la inadmisión de una prueba pericial, a la que me he referido al explicar la sentencia de instancia, les produjo indefensión, y argumentan que el plazo de cinco días al que se refiere el art. 124.10 de la LRJS para la presentación de las pruebas periciales "alude a la prueba de la parte demandada y no de la demandante, por lo que a su juicio se estaría vulnerando el art. 87.6 de la RLJS.

Con carácter más global, y para centrar los términos del (único) debate que abordará y resolverá la Sala, el fundamento de derecho primero expone que la cuestión previa a debatir, y que llevará a no entrar en el fondo del asunto, "consiste en determinar si en la modalidad procesal de despido colectivo, regulada en el art. 124 LRJS, puede rechazarse una prueba pericial propuesta por la parte actora en la fase probatoria del acto del juicio por estimar la Sala de instancia que tal prueba no se había aportado con antelación a los cinco días antes del inicio del juicio y que tenía la complejidad suficiente como para que el resto de las partes personadas tuviesen oportunidad de estudiarlo con dicha antelación, con invocación del art. 124.10 LRJS.

6. Una buena parte de la fundamentación jurídica de la sentencia es, si me permite la Sala y en especial el ponente esta afirmación, una clase de Derecho Procesal Laboral, algo que no nos debe extrañar ya que el ponente de la sentencia, Fernando Salinas, fue uno de los miembros de la comisión que elaboró el anteproyecto de LRJS y por consiguiente la conoce perfectamente y de primera mano. Pero, no es solo una clase teórica del proceso laboral sino que tiene un contenido eminentemente práctico porque interpreta el texto y sienta doctrina para casos posteriores sobre la interpretación que ha de efectuarse de la norma procesal laboral en general y de diversos preceptos que han sido citados por los recurrentes como vulnerados por la sentencia de instancia.

Desde la perspectiva general, deseo subrayar estas manifestaciones: en primer lugar, que la LRJS ha mantenido en su integridad los principios clásicos del proceso social, "entre ellos los esenciales de inmediación, oralidad, concentración y celeridad", que han de informar las normas procesales de todos los procesos, ya sea el ordinario o los especiales; en segundo término, que la fuerza interpretativa de estos principios excluye o modula, en su caso, "la posible aplicación supletoria de las normas procesales civiles o contencioso administrativas", tal como estipula la disposición final cuarta de la LRJS y también en preceptos como los art. 79.1 y 151.1 de la citada norma ("De no existir regulación especial, el procedimiento iniciado por demanda en impugnación de los actos administrativos en materia laboral dirigida contra el Estado, Comunidades Autónomas, Entidades Locales u otras Administraciones u Organismos públicos se regirá por los principios y reglas del proceso ordinario laboral, con las especialidades contenidas en esta Sección. En lo no expresamente previsto serán de aplicación las normas reguladoras de la jurisdicción contencioso-administrativa, en cuanto sean compatibles con los principios del proceso social").

A continuación, y de forma extraordinariamente detallada, la sentencia va recordando algunos preceptos (arts. 80 y ss de la LRJS) relativos al proceso ordinario en donde se concretan tales principios, con la finalidad de poner de manifiesto que la norma es muy flexible en cuanto a la posibilidad de aportación de pruebas para argumentar las tesis de las partes, con la excepción de cuando se requiera la colaboración judicial para que puedan practicarse; así se recuerda que "con la demanda no han de acompañarse todos los documentos u otras pruebas escritas o periciales con las que la parte actora pretenda fundar su derecho…", "en la demanda no han de indicarse los medios de prueba de los que podrá valerse la demandante..", "no hay trámite previo alguno al acto del juicio para que el demandado anuncie los medios de prueba que intente valerse en tal acto…", es decir "…no se

establece la regla de que la parte demandada deba anunciar o aportar antes del juicio la prueba documental o pericial de la que intente valerse". Con respecto a la necesaria colaboración judicial en algunos supuestos sí se recuerda que ha de solicitarse en la demanda o bien que cualquiera de las partes podrá solicitarla antes del juicio al menos con cinco o tres días de antelación (art. 90.3 LRJS), "pero nada impide que de no solicitarse tales diligencias de preparación o no haberse llevado a efecto pueda practicarse la correspondiente prueba en el acto del juicio", y es justamente durante la fase de prueba en el acto del juicio en donde el juez o tribunal decidirá sobre la "utilidad o pertinencia" de las pruebas presentadas.

La sentencia da un paso adelante para reforzar la importancia de la aplicación de los principios generales del proceso social, sin cuestionar la aplicación supletoria cuando proceda de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al defender que este guarda más similitud con los juicios verbales civiles que con los juicios ordinarios, trayendo a colación los arts. 265.4, 437,440.1. 443, 1,2 y 4 de la LEC, que en síntesis regulan la aportación de pruebas en el acto de la vista pero no es obligatorio con anterioridad, mientras que por el contrario en los juicios ordinarios sí hay que acompañar las pruebas junto con la demanda o contestación, y de forma excepcional con posterioridad (art. 265, 1.1º y 4ª, y 269 LEC), para concluir, sentando doctrina de relevancia para casos posteriores, que tales reglas del proceso civil ordinario no son de aplicación al proceso social que tiene las suyas propias, y "… ni siquiera por el cauce de la supletoriedad por ser incompatibles con los principios del proceso social (arg. Ex DF 4ª LRJS)". Esta doctrina, insisto, no es de menor importancia, ni mucho menos, ya que partiendo de la misma es cómo la Sala analiza el tratamiento procesal de la denominada "prueba documental o pericial voluminosa o compleja", ya que esta "ha sido regulada por primera vez en la normativa procesal social por la LRJS", y enfatizando nuevamente, con cita de su preámbulo, que los principios generales se aplican a todos los procesos, entre ellos los "complejos", como sin duda lo es el de despidos colectivos, con su necesaria adecuación sólo en punto a garantizar el derecho a la defensa y para facilitar la práctica de pruebas voluminosas o complejas, "articulando fórmulas para posibilitar su examen detallado articulando el principio de concentración".

Partiendo de esta constatación general, la Sala repasa los preceptos del proceso ordinario donde se aborda cómo presentar y practicar tales pruebas, destacando que tanto el art. 82.4 como el 90.3 de la LRJS prevén la posibilidad de presentación previa al acto del juicio de determinadas pruebas para poder ser examinadas por la otra parte antes del acto del juicio "por su volumen o complejidad", pero que en ningún caso se encuentra, ni en estos principios ni en otros, "principio alguno de preclusión que implique su directa aplicación al acto del juicio", a diferencia de la preclusión establecida en el proceso civil ordinario (art. 269.1 LEC). La posibilidad, pues, de presentar las pruebas existe tanto antes como en el mismo acto del juicio, y la ley concede un amplio margen de flexibilidad al juzgador para que conceda a las partes, si lo considera necesario por el volumen o complejidad de las pruebas, la posibilidad de presentar conclusiones complementarias por escrito tras el acto de juicio (art. 87.6 LRJS), e incluso, al objeto de garantizar adecuadamente el derecho de defensa de las partes, que pueda ampliar el plazo de tres días para las citadas conclusiones o bien practicar diligencias finales (art. 88 LRJS: "1. Terminado el juicio, dentro del plazo para dictar sentencia, el juez o tribunal podrá acordar la práctica de cuantas pruebas estime necesarias, como diligencias finales, con intervención de las partes y en la forma establecida para las pruebas de su clase…").

7. En esta argumentada y didáctica explicación de cómo ha de abordarse el tratamiento de la prueba voluminosa o compleja en el proceso social la Sala se detiene (fundamento jurídico quinto) en el impacto que puede haber tenido en las reglas generales ya explicadas las sucesivas reformas laborales operadas desde la reforma laboral iniciada por el RDL 3/2012, en especial por lo que respecta a la regulación del despido colectivo en el art. 124 de la LRJS. A los efectos del caso ahora analizado, es menester recordar su apartado 8 (RDL 3/2012) y después 10 (a partir de la Ley 3/2012) en el que se prevé, acordándose de oficio, la aportación previa al acto del juicio (cinco días de antelación) de las pruebas voluminosas o complejas, así como también, con respecto a las obligaciones empresariales de aportación de documentación (arts. 124.7 y después 124.9), sin que en ningún caso se prohíba que puedan presentarse tales pruebas en el acto del juicio aunque hubieran debido presentarse con anterioridad, anudándose sólo determinados efectos sancionadores y de valoración judicial a tales incumplimientos.

8. El núcleo duro o central de la sentencia, y el que motiva lógicamente el voto particular radicalmente discrepante, se centra en la crítica que efectúa el TS a la resolución de instancia por la diferente interpretación que esta última cree que debe efectuarse del art. 124.10 ("En la misma resolución de admisión a trámite, el secretario judicial señalará el día y la hora en que haya de tener lugar la celebración del acto del juicio, que deberá tener lugar en única convocatoria dentro de los quince días siguientes a la admisión a trámite de la demanda. En la citación se acordará de oficio el previo traslado entre las partes o la aportación anticipada, en soporte preferiblemente informático, con cinco días de antelación al acto de juicio, de la prueba documental o pericial que, por su volumen o complejidad, sea conveniente posibilitar su examen previo al momento de la práctica de la prueba") del más general art. 82.4 que regula la aportación de tales pruebas en el proceso ordinario ("4. De oficio o a petición de parte, podrá requerirse el previo traslado entre las partes o la aportación anticipada, en soporte preferiblemente informático, con cinco días de antelación al acto de juicio, de la prueba documental o pericial que, por su volumen o complejidad, sea conveniente posibilitar su examen previo al momento de la práctica de la prueba"), enfatizando que sólo hay algunas diferencias puramente formales sobre quién debe adoptar la decisión de oficio (secretario o tribunal) y que las diferencias terminológicas entre el art. 82.4 ("podrá requerirse") y el art. 124.10 ("se acordará") sólo responden pues a que en el primer caso la decisión podrá adoptarse de oficio o a instancia de parte, mientras que en el segundo la decisión sólo puede adoptarse de oficio, "por lo que resultaría incongruente que se indicara "de oficio podrá requerirse".

No hay en consecuencia, a juicio de la Sala, diferencias esenciales entre ambos preceptos que avalen la tesis defendida por la sentencia del TSJ andaluz y que han llevado a la denegación de la prueba pericial por haber sido aportada con menos de cinco días de antelación al acto del juicio, concluyendo el TS que no puede aceptarse la preclusión de su aportación porque vulneraría los principios generales del proceso social, y recordando nuevamente la posibilidad de acudir a las conclusiones complementarias en cuanto que se trata de una regla válida para todos los procesos, incluidos en consecuencia también los de despidos colectivos. Por consiguiente, al no haber permitido la práctica de la prueba, la Sala de instancia actuó de forma contraria a derecho por no haber fundado su decisión "en causa legal suficientemente motivada", tesis del TS que deja ciertamente abierta la puerta a que el TSJ, una vez analizada la prueba presentada la admita o no pero no por razones puramente formales de plazos sino por considerar que existe, o no, una justificación jurídica suficiente para su aceptación o denegación.

El rechazo por motivos formales (incumplimiento de plazos) rechazado por el TS lleva a concluir que en instancia no sólo se vulneró la normativa procesal sino también la constitucional, en concreto el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado en el art. 24 de la CE, trayendo a colación el TS varias sentencias del Tribunal Constitucional que aprecian vulneración de tal derecho cuando se ha impedido aportar una prueba sin motivación suficiente o "incongruente, arbitraria o irrazonable…". La aplicación de la doctrina constitucional al caso concreto enjuiciado llevará al TS a declarar la nulidad de la decisión de instancia, concluyendo que se han vulnerado preceptos constitucionales y legales, y que la no aceptación de la prueba ha tenido indudable importancia ya que "la resolución final del proceso quizás habría podido ser distinta de haberse practicado la prueba pericial practicada", habiéndose producido aquello que el TC califica de conculcación de un derecho "encubriéndose tras una aparente resolución judicial fundada en derecho una efectiva denegación de justicia".

9. El voto particular discrepante de seis magistrados sustenta, ya lo he dicho antes, una tesis radicalmente contraria, haciendo suya la de la sentencia de instancia contenida en su segundo fundamento jurídico (que se transcribe) y también las tesis del Ministerio Fiscal. Se rechaza la tesis de que el art. 124.10 de la LRJS se refiera sólo a la prueba de la parte demandada, tesis sostenida por los recurrentes, con la argumentación de que dicho precepto hace expresa referencia al "... previo traslado entre las partes o la aportación anticipada... con cinco días de antelación al acto de juicio...", de las pruebas voluminosas o complejas, o lo que es lo mismo la norma transita "en una doble dirección" y afecta a las dos partes del proceso. La tesis del voto, para cuya lectura detallada remito al enlace de la sentencia, es que en modo alguno se ha producido la indefensión alegada por las recurrentes, y aceptada por la Sala, dado que fueron ellas quienes incumplieron la normativa aplicable que llevó a la no aceptación de la prueba pericial, y tampoco expusieron en instancia, ni en casación, "qué extremos,

en su caso, estaría hipotéticamente en condiciones de demostrar dicha prueba y el alcance que teóricamente pudiese tener, valor en fin, que sólo podría determinar la propia Sala de instancia...".

Para los magistrados firmantes del voto, a modo de síntesis de su argumentación expuesta ya en párrafos anteriores de aquel, no basta con alegar la indefensión si "habiendo sido denegada fundadamente" (cuestión sobre la que ha quedado claro que no es la tesis de la sentencia) "no se indican, cuanto menos, los concretos puntos e extremos que se pretendía demostrar con la misma, para que el órgano jurisdiccional correspondiente puede tener un conocimiento, siquiera sea aproximado, del teórico alcance y proyección de dicha prueba y, en consecuencia, de los efectos de su subsiguiente denegación para estar en condiciones de determinar si la indefensión puede producirse".

8. Concluyo. Volvemos como en el juego de La Oca (obligada referencia de mi memoria histórica, por la edad, que recupero ahora jugando con mis nietos, ....y siempre ganan ellos) a la casilla de salida. Está por ver cómo ordenará el TSJ andaluz el nuevo juicio, si se tratará de una repetición completa o bien sólo se entrará en el debate de la prueba pericial para decidir, en primer lugar, si la toma en consideración o no, con motivos debidamente fundamentados, y en segundo término, en el supuesto de entrar a valorarla, cuál es su impacto sobre la resolución final que adopte en el caso. De lo que no tengo duda es de que los trabajadores afectados tienen especial interés en que sea cual sea la solución que se adopte sea lo más rápida posible, si se repara en el tiempo transcurrido desde el inicio del procedimiento de despido colectivo.

### *2.2.7. La saga "Ayuntamiento de Estepona", tercera parte, y parece que no será la última. EL TSJ andaluz desestima nuevamente las demandas. Nota a la sentencia de 30 de septiembre de 2015.*

1. El viernes, 2 de octubre, se hizo pública la sentencia dictada el día 30 deseptiembre por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia deAndalucía (sede Málaga), de la que fue ponente el magistrado José Luís Barragán. La Sala, que conoció nuevamente de las demandas en proceso por despido colectivo instadas en 2012 por varios sindicatos y el comité de empresa contra el Ayuntamiento de Estepona después de que el Tribunal Supremo anulada la primera sentencia dictada por ella el 25 de octubre de 2012, desestima nuevamente las demandas y declara que la decisión extintiva de la relación laboral de 176 trabajadores acordada por la Corporación Local fue ajustada a derecho.

Lasentencia dictada por el TSJ el 30 de septiembre ya está disponible en lasredes sociales, por lo que remito a todas las personas interesadas a la atenta lectura de su cuarenta folios, con la advertencia, innecesaria para los juristas pero necesaria, o al menos así me lo parece, para quienes no conozcan la normativa procesal, de que gran parte de su contenido es idéntico al de la sentencia dictada el 25 de octubre de 2012, dado que el único punto a debate en el juicio celebrado el 25 de septiembre fue la prueba pericial presentada por CC OO y no admitida en el primer juicio, aun cuando esta afirmación, ya lo adelanto, no es exactamente correcta porque la Sala conoció de otra prueba testifical presentada el 18 de septiembre por la parte demandada, una prueba sobre cuya admisión por la Sala seguro que versará buena parte del recurso o recursos de casación que se interpongan contra la sentencia que motiva el presente comentario.

2. He procedido a un análisis comparado de las sentencias del TSJ dictadas el 25 de octubre de 2012 y el 30 de septiembre de 2015, a fin de comprobar las novedades incorporadas en la segunda como consecuencia de la práctica de las pruebas testificales antes referenciadas en el juicio del día 23. Los antecedentes de hecho nuevos son los números noveno a decimocuarto, en los que se da debida cuenta del desarrollo jurídico del conflicto desde que el TS dictara sentencia el 2 de diciembre de 2014 y anulara la primera sentencia del TSJ para que "…la Sala de instancia valore y admita, en su caso, la prueba pericial que intentó presentar en su día la parte actora…" hasta el contenido del juicio celebrado el día 23. Desaparece de los hechos probados el séptimo de la sentencia dictada el 25 de octubre de 2012, de carácter meramente formal y en el que se hacía mención a la suspensión de acto del juicio que estaba inicialmente convocado para el 26 de septiembre y finalmente tuvo lugar el 17 de octubre.

No hay ninguna modificación, salvo error u omisión por mi parte en su lectura, en los hechos probados. Si las hay, e importantes, en los fundamentos jurídicos, de los que lógicamente desaparece el segundo de la sentencia de 25 de octubre de 2012, en el que la Sala argumentaba su negativa a la aceptación de la prueba pericial.

En el primero, se manifiesta que los hechos probados son el resultado de la valoración conjunta de la prueba documental practicada, haciéndose mención para el hecho probado primero a la pruebas periciales presentadas por CC OO y el Ayuntamiento demandado, y para el decimoséptimo nuevamente a los informes periciales, para señalar que se trata de una cuestión no controvertida "como evidencian (los informes)… que no combaten esa cuestión"; el segundo es completamente nuevo y es donde la Sala da respuesta básicamente a las protestas formuladas por la representación letrada del sindicato Comisiones Obreras contra la aceptación de la prueba pericial del Ayuntamiento, desestimando la petición de no tenerlo en consideración, así como a otras posibles deficiencias formales en la tramitación alegadas por la representación unitaria del personal; en el fundamento jurídico tercero se refuerza la tesis defendida en la primera sentencia (validez de la decisión adoptada por el alcalde, y no por el Pleno de la Corporación, de proceder a los despidos) con sentencias posteriores en el tiempo del TS (1 de julio de 2014 y 24 de febrero de 2015), y se formulan tesis adicionales propias de la Sala para mantener el mismo criterio que tres años antes; en el fundamento jurídico décimo, relativo a la documentación a aportar, se responde a las alegaciones del sindicato CC OO sobre "la supuesta falta de acreditación de la empresa que redactó el Plan de Recolocación" para rechazar una vez más la tesis de la demandante.

En el fundamento jurídico undécimo, el más importante desde la perspectiva sustantiva del litigio, es decir desde el análisis de la existencia o no de causas económicas que justifiquen la decisión extintiva, la Sala incorpora, supongo que como muestra jurídica de autoridad para apoyar su argumentación (hubiera podido también hacerlo en 2012, ya que la norma referenciada ya estaba vigente) la nueva redacción del art. 135 de la Constitución y el obligado respeto por parte de todas las Administraciones Públicas al principio de estabilidad presupuestaria, y ya en el plano de la jurisprudencia del TS que apoye su planteamiento inicial acude a las sentencias de 2 de diciembre de 2014 y 24 de febrero de 2015, para seguir manteniendo que existía la insuficiencia presupuestaria "sobrevenida" requerida por la reforma de 2012 para la tramitación de un procedimiento de despido colectivo en una Administración Pública. La Sala analiza extensamente el informe pericial de CC OO, desestimándolo en todos y cada uno de sus argumentos, y realiza un extenso análisis económico de la situación del Ayuntamiento, no pudiendo saberse, en puridad jurídica, si hace suyas o no las manifestaciones contenidas en el informe pericial del Ayuntamiento ya que no hay mención alguna al mismo en el citado fundamento jurídico, en el bien entendido que de la lectura de los nuevos hechos probados sí puede deducirse que efectivamente la Sala lo ha tomado en consideración para argumentar su respuesta denegatoria a las tesis defendidas por el sindicato demandante; por fin, en el último fundamento jurídico de la sentencia, el duodécimo, relativo a la existencia de causas organizativas y el despido de varios trabajadores que no tenían la titulación requerida para ocupar los puestos de trabajo en los que estaba prestando sus servicios, la Sala acude a la doctrina sentada por el TS en sentencia de 25 de junio de 2014, y seguida con posterioridad en otras, en la que se destaca que en el proceso de despido colectivo no se puede entrar en el análisis de la situación individual concreta de cada trabajador afectado y que esta debe ser objeto de discusión jurídica, en su caso, en el correspondiente procedimiento individual.

3. Vayamos a los "nuevos" antecedentes de hecho contenidos en la tercera sentencia de la saga. En ellos, se da debida cuenta en primer lugar del fallo de la sentencia del TS de 2 de diciembre de 2014 y la anulación de la sentencia de instancia; a continuación, se explican las actuaciones y resoluciones procesales sustanciadas ante, y resueltas por, el TS a partir de la solicitud de aclaración de su sentencia por CC OO respecto a la necesidad o no de volver a celebrar todo el juicio, resolviendo el TS en su auto de 15 de abril que el juicio debía celebrarse para que la Sala valorara y admitiera en su caso la prueba pericial que fue en su momento admitida, dejando a discreción del TSJ que "… oyendo en su caso a las partes… pueda convalidar y dar por reproducidas todas aquellas actuaciones practicadas en el acto del juicio que no guarden posible conexión con la prueba pericial que pudiera admitirse…".

Consecuencia jurídica del auto del TS fue otro auto dictado por el TSJ el 28 de julio por el que se convalidaban todas las actuaciones practicadas en el primer juicio hasta el momento de la desestimación de la prueba pericial presentada y no admitida, "continuando el juicio con la práctica de esa prueba pericial hasta su terminación con arreglo a derecho", Consta también en dicho auto que se tuvo por aportada la prueba pericial presentada, a instancias del sindicato demandante, el 22 de julio y se dio traslado a las restantes partes interesadas, y la inadmisión del recurso de reposición formulado por la citada parte demandante frente a la diligencia de ordenación de la secretaría de la sala de 14 de julio.

Las vicisitudes procesales, que sin duda merecerán especial atención por el TS si se interponen recursos de casación, continuaron con la petición formulada por el sindicato demandante y por la representación unitaria del personal de proposición de prueba, desestimada por auto de la Sala de 9 de septiembre, "advirtiendo a las partes que contra ese auto no cabía recurso alguno", manifestación jurídica esta última contra la que las representaciones procesales de las partes demandante presentaron escritos en los que solicitaban, sin duda a efectos del ulterior recurso de casación, que "se tuviera por efectuada respetuosa propuesta", por entender que no era ajustada a derecho.

Sin duda el hecho probado nuevo más relevante es el décimo cuarto en el que se efectúa una síntesis del acto de juicio celebrado el 23 de septiembre, recogiendo las protestas formales presentadas por la representación procesal de CC OO por cinco motivos, a las que se adhirió la representación del Comité de Empresa, con adición de una más, y se adhirieron a todas ellas los restantes sindicatos demandantes (CSI-F, UGT y ATAE). Queda constancia de que el Ministerio Fiscal no compartió las protestas formuladas por las partes demandantes, y que la parte demanda se opuso a todas ellas con las argumentaciones que constan en el acta. A continuación, se procedió a la práctica de la prueba pericial solicitada por CC OO y a la presentada por el Ayuntamiento. En el trámite de conclusiones el Ministerio Fiscal manifestó que no apreciaba vulneración de derechos fundamentales en la decisión del Ayuntamiento y se remitía "al informe emitido en el juicio celebrado el 27 de julio de 2012 y a su escrito de impugnación de los recursos de casación interpuestos en su día contra la sentencia dictada por la Sala…".

4. La Sala responde en el fundamento de derecho segundo a las protestas formuladas por CC OO y el Comité de Empresa, previo estudio de los requisitos procesales requeridos por el art. 238.3 de la Ley orgánica del poder judicial sobre la nulidad de los actos judiciales y de la jurisprudencia consolidada del TS sobre los requisitos necesarios que deben cumplir las alegaciones presentadas sobre la posible nulidad para que puedan ser tomadas en consideración, poniendo el acento (no es sólo doctrina del TS sino también del TC, y está recogida en el art. 87.2 de la LRJS) en que se haya formulado la oportuna protesta en tiempo y forma.

Dado que los demandantes cumplieron con el requisito señalado, la Sala procede a dar respuesta a sus alegaciones. No considera, en primer lugar, que exista infracción procesal alguna por el hecho de haber dado la palabra en primer lugar a la representación del Ayuntamiento para que manifestara sus "alegaciones o cuestiones previas" antes de entrar en el fondo del litigio, aplicando analógicamente el art. 105.1 de la LRJS, en el que se dispone que en el procedimiento por despido "ratificada, en su caso, la demanda, tanto en la fase de alegaciones como en la práctica de la prueba, y en la fase de conclusiones corresponderá al demandado exponer sus posiciones en primer lugar". Interpretación que pudiera ser discutible a mi parecer, en cuanto que el acto del juicio es continuación de uno anterior en el punto concreto en que así lo decidió el TS, pero que también pudiera ser defendible por el margen de apreciación que otorgó el TS para ordenar el nuevo juicio. No creo, en cualquier caso, que se trate de una cuestión sustancial para la resolución del litigio, y que tampoco lo será en su caso, si se plantea nuevamente ante el TS.

Más dudosa, dicho sea en términos jurídicos, me parece la tesis de la Sala para aceptar la prueba pericial presentada por la parte demandada. La Sala acude al art. 93 de la LRJS, regulador justamente de la prueba pericial, precepto que debe complementarse con aquellos que se refieren a las reglas generales sobre la práctica de las pruebas. Dicho art. 93 dispone lo siguiente en su apartado 1: "La práctica de la prueba pericial se llevará a cabo en el acto del juicio, presentando los peritos su informe

y ratificándolo. No será necesaria ratificación de los informes, de las actuaciones obrantes en expedientes y demás documentación administrativa cuya aportación sea preceptiva según la modalidad procesal de que se trate".

Para argumentar la validez de la actuación procesal de la demandada, con la presentación de una prueba pericial el 18 de julio, la Sala acude a la interpretación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en concreto a su art. 427.2 ("Las partes, si fuere el caso, expresarán lo que convenga a su derecho acerca de los dictámenes periciales presentados hasta ese momento, admitiéndolos, contradiciéndolos o proponiendo que sean ampliados en los extremos que determinen…"), para concluir que tal probabilidad de contradicción "se concreta en la presentación de un informe pericial que contradiga el presentado por la otra parte", y que por ello es plenamente válida la prueba solicitada por el Ayuntamiento, extendiéndose después en la justificación de su tesis para demostrar que no contradice el fallo de la sentencia del TS ya que, siempre según la Sala, "la práctica de la prueba pericial propuesta por la aludida Confederación Sindical conllevaba la posibilidad de que el Ayuntamiento demandado propusiera prueba testifical contradictoria, decisión que sólo podría formalizar una vez tuviera conocimiento del informe pericial admitido y aportado por aquella representación procesal". No cita la Sala que en el apartado 1 del art. 427 se dispone que "En la audiencia, cada parte se pronunciará sobre los documentos aportados de contrario hasta ese momento, manifestando si los admite o impugna o reconoce o si, en su caso, propone prueba acerca de su autenticidad" y que el apartado 2 está estrechamente relacionado con el contenido del apartado 1, por lo que la contradicción deberá ser sobre "los documentos aportados de contrario hasta ese momento", no siendo pues ese precepto el que da cobertura a la decisión de la Sala sino que es la propia Sala la que ha procedido a la interpretación del fallo de la sentencia del TS, y del auto aclaratorio, en los términos que han dado lugar a la protesta de los demandantes, siendo así, insisto, que la única cuestión debatida ante el TS y resuelta por este fue la no aceptación de una prueba pericial de parte, no la posibilidad de que la parte contraria aportara después una prueba pericial contradictoria que no aportó en su momento procesal en 2012 (y que no me consta, al menos por las informaciones disponibles, que tuviera preparada). Quede aquí para el debate jurídico el interrogante y objeción formulado a la tesis del TSJ.

En tercer lugar, la Sala responde a la protesta formulada en relación con la prueba pericial de la parte demandada, ya que no se dio traslado al resto de las partes con cinco días de antelación a la continuación del juicio. Más fácil que en el caso anterior lo tiene a mi parecer la Sala para desestimar la protesta, en cuanto que el propio TS, tal como he explicado con anterioridad, interpretó el art. 124.10 de la LRJS de forma que el incumplimiento de dicho plazo no debe ser motivo de inadmisión de la prueba ya que no hay infracción alguna de precepto legal. La doctrina sentada por el TS en relación con dicho precepto y su puesta en relación con otros de la LRJS llevan a la Sala a defender que la parte afectada hubiera podido solicitar un plazo suplementario para poder presentar sus alegaciones por escrito (art. 87.6 LRJS: "Si las pruebas documentales o periciales practicadas resultasen de extraordinario volumen o complejidad, el juez o tribunal podrá conceder a las partes la posibilidad de efectuar sucintas conclusiones complementarias, por escrito y preferiblemente por medios telemáticos, sobre los particulares que indique, en relación exclusiva con dichos elementos de prueba, dentro de los tres días siguientes, justificando haber efectuado previa remisión a las demás partes comparecidas por los mismos medios. Durante el referido período, los documentos o pericias estarán a disposición de las partes en la oficina judicial y una vez transcurrido, háyanse presentado o no alegaciones, se iniciará el plazo para dictar sentencia"), plazo que no fue solicitado.

A continuación, la Sala da respuesta a la cuarta protesta, presentada, según se lee en el antecedente de hecho decimocuarto, porque la Sala admitió la prueba pericial contradictoria "sin dar audiencia previamente al resto de las partes, al contrario de lo que hizo antes de pronunciarse en el auto de 9 de septiembre de 2015 sobre la admisión de la prueba documental (solicitada por CC OO y el comité de empresa)", además de haberles requerido la presentación de la prueba en un plazo de cinco días, "plazo que no se ha aplicado a la presentación del informe pericial contradictorio". Fundamenta su decisión desestimatoria en la dicción literal del art. 427.2 de la LEC que no prevé tales alegaciones, y entiende que son situaciones jurídicamente distintas, y que además no se ha concretado "qué concreta situación de indefensión se ha derivado para los demandantes" de la admisión e incorporación del

informe pericial del Ayuntamiento. Argumenta la Sala que el plazo dado a la parte demandante para que presentara su informe tiene su debida razón de ser en que el mismo "ya estaba realizado" porque fue una prueba presentada, y no admitida, en el primer juicio, y de ahí que "no se obligaba a la representación de los trabajadores a la realización del informe en cinco días", exponiendo que se trata de una cuestión distinta, y que al parecer de la Sala no afectaría a la obligación del cumplimiento del plazo de cinco días, que la parte demandante "decidiese presentar no el mismo informe pericial en su día denegado sino un informe pericial nuevo". Si bien es cierto que el citado precepto de la LEC no dispone nada al respecto sobre la apertura de un trámite de alegaciones, nada impide tampoco, en aras a garantizar un estricto respeto al principio de igualdad de las partes en el proceso laboral que se hubiera abierto dicho trámite.

La quinta protesta formulada por el sindicato demandante encuentra su razón de ser en que el informe pericial contradictorio presentado por el ayuntamiento incorporó un documento posterior al expediente de regulación de empleo, de fecha 31 de enero de 2014, en concreto un plan de recolocación del personal afectado por los despidos. La Sala no va a tomar en consideración este documento, por la fecha en que fue elaborado, a los efectos de valorar la situación de la Corporación Local cuando se tramitó el PDC, pero no considera que pueda llevar a la inadmisión del informe pericial dado que el mismo tiene un contenido mucho más amplio y versa fundamentalmente sobre la existencia de causas económicas que justificarían la decisión empresarial. No alcanzo a ver, jurídicamente hablando, qué tiene que ver la anterior argumentación, aceptable en términos de no aceptación de la nulidad de la decisión empresarial a mi parecer, con el hecho de que inmediatamente la Sala formule una crítica al sindicato demandante por haber aportado un informe pericial distinto al presentado en octubre de 2012, y que la Sala admitió "al no haberse formulado protesta al respecto por el Ayuntamiento demandado", crítica que en cualquier caso hubiera debido ubicarse en el apartado anterior y que más parece responder a un deseo de la Sala de poner de manifiesto que ha habido irregularidades en la presentación de las pruebas por ambas partes.

La Sala responde a la sexta protesta formulada por Comisiones Obreras, relativa a la no aceptación de recurso contra el auto de la Sala de 9 de septiembre, con argumentación de que trata de una resolución de tramitación y que el art. 124.8 de la LRJS dispone que "Contra las resoluciones de tramitación que se dicten no cabrá recurso, salvo el de declaración inicial de incompetencia". No obstante, la Sala quiere reforzar su argumentación procesal anterior con otra que no sería estrictamente formal sino de índole sustantiva bien que aparentemente concentrada en la primera. Así lo entiendo al calificar la Sala de "totalmente intrascendente" la documentación solicitada para valorar la situación económica del Ayuntamiento, en cuanto que inmediatamente fundamenta la "intrascendencia" de tal documentación, ya que si de ella "se derivase una mejoría de la situación económica del Ayuntamiento siempre podría sostenerse que ello era consecuencia del ahorro que conllevaba ese despido, y si de la misma se derivase un empeoramiento de la situación económica del Ayuntamiento siempre podría sostenerse que, de no haberse llevado a cabo el despido colectivo, la situación económica del Ayuntamiento habría sido todavía peor". No me parece meramente formal sino más bien sustantiva la tesis del tribunal, aun cuando, insisto, la desestimación de la protesta formulada encuentra su acomodo en el ámbito puramente formal.

Por último, la Sala desestima la protesta formulada por el Comité de Empresa de convalidar la celebración del primer juicio hasta el momento de desestimación de la prueba pericial, con rechazo de su petición de celebración de un nuevo juicio desde el inicio de las actuaciones. La Sala, con corrección jurídica a mi parecer, recuerda que adoptó la decisión por auto de 28 de julio de 2015, y que el comité de empresa ha presentado distintos escritos con anterioridad al acto del juicio en los que no ha formulado protesta alguna al respecto, por lo que formularla en el acto del juicio infringiría la doctrina jurisprudencial de necesidad de alegación de la protesta desde que hubiera posibilidad para ello a los efectos de poder a entrar el tribunal a determinar si procedería o no la nulidad de los actos procesales practicados.

5. La aceptación de la prueba pericial contradictoria de la parte demandada será muy importante, a mi parecer, para que la Sala mantenga, y ratifique, la existencia de causas económicas que justificarían la decisión adoptada en 2012 de proceder a los despidos colectivos, y la detallada lectura del fundamento

de derecho undécimo (el más importante, juntamente con el segundo, de la sentencia ahora objeto de comentario,) lleva a sostener por mi parte esta tesis. Pero antes de "dar el salto" desde el fundamento jurídico segundo al undécimo, es necesario indicar que los fundamentos tercero a décimo, y también el decimosegundo, son sustancialmente idénticos a los de la sentencia de 25 de octubre de 2012, con refuerzo argumental en la nueva sentencia de resoluciones judiciales dictadas con posterioridad por el TS y que versan sobre cuestiones abordadas en la primera sentencia.

En efecto, la cuestión debatida sobre quién podía proceder a los despidos, si el alcalde o el pleno de la Corporación Local, fue resuelta a favor del primero, y posteriormente algunas sentencias del TS se han pronunciado en el mismo sentido, entre ellas las de 1 de julio de 2014 y la de 24 de febrero de 2015 que se remite a la anterior. Por su importancia, reproduzco un fragmento de la primera sentencia citada:

"Por otro lado, la Ley 11/1999 que reforma los arts. 21 y 22 de la Ley de Bases de Régimen Local, reordena la atribución de la competencia para los despidos al Alcalde y modifica las competencias del Pleno al respecto, derogando en su disposición derogatoria única, cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opusiera a lo dispuesto en dicha ley; de modo que en 1999 se reforman las competencias del Alcalde y del Pleno Municipal.

De modo que a partir de la misma, conforme al art. 21 h dentro de las atribuciones del Alcalde está la de: "... Desempeñar la jefatura superior de todo el personal, y acordar su nombramiento y sanciones, incluida la separación del servicio de los funcionarios de la Corporación y el despido del personal laboral, dando cuenta al Pleno, en estos dos últimos casos, en la primera sesión que celebre. Esta atribución se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 99.1 y 3 de esta Ley "; y conforme al art. 22, dentro de las competencias del Pleno no consta ya la ratificación del despido del personal laboral.

La ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, en los mismos términos que estableció la Ley 11/1999 (al modificar el art. 21 de la ley de Régimen Local), señala que el Alcalde ostenta entre sus atribuciones la de: "... Desempeñar la jefatura superior de todo el personal, y acordar su nombramiento y sanciones, incluida la separación del servicio de los funcionarios de la Corporación y el despido del personal laboral, dando cuenta al Pleno, en estos dos últimos casos, en la primera sesión que celebre. Esta atribución se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 99.1 y 3 de esta Ley".

De la conjunción de dichas normas se observa un cambio sustancial, pues sin lugar a dudas, se exige al Alcalde la dación de cuenta al Pleno de los despidos del personal laboral, pero no la ratificación ante el Pleno, que ha desaparecido por derogación expresa operada por la Ley 57/2003, aunque "modificando" de nuevo los arts. 21 y 22 de la Ley 7/1985 de 2 de abril se exprese tal atribución en los mismos términos establecidos por la Ley 11/1999 -que ya los había modificado-.

En consecuencia, atendiendo a la normativa vigente, la falta de ratificación ante el Pleno, como señala la sentencia recurrida, y de acuerdo con el Informe del Ministerio Fiscal, no puede dar lugar a la improcedencia del despido por defecto de forma como postula el recurrente…".

La representación procesal de Comisiones Obreras argumentó, en el trámite de conclusiones del juicio celebrado el 23 de septiembre, que el Alcalde informó al Pleno antes de que se hubiera adoptado la decisión de proceder a los despidos, estando las partes negociadoras en pleno período de consultas. Cierto es que el art. 22.1 h) de la Ley 7/1985 se refiere, al objeto de informar de la decisión adoptada, "al primer pleno que se celebre", lógicamente a mi entender después de adoptada la decisión, pero la Sala rechaza que la actuación del máximo representante de la Corporación Local fuera no ajustada a derecho argumentando en primer lugar que la normativa que permitió el despido colectivo en la Administración Pública (RDL 3/2012) fue dictada con posterioridad, y en segundo lugar que el precepto citado "no concreta si esa dación de cuenta debe tener lugar una vez adoptada la decisión de despedir o una vez ejecutado el despido", argumentación que en cualquier caso no podría entrar en contradicción a mi parecer con la finalidad del período de consultas en tiempo y formal útil, habiendo estimado tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como el Tribunal Supremo que actuaciones empresariales que puedan enturbiar o dificultar el proceso negociador pueden ser no ajustadas a

derecho, por lo que cabría plantearse, y lo dejo para el debate jurídico, si la información sobre unos despidos que aún no se han llevado a cabo podría enturbiar o dificultar la negociación, algo previsible a mi entender. No es en modo alguno el parecer de la Sala quien razona justamente en un sentido contrario, al entender que al tratarse de una medida de fiscalización y control de la actuación del alcalde por el pleno, "… se produce de manera más efectiva si se da cuenta del despido proyectado al decidir la apertura del período de consultas…".

6. En el fundamento jurídico décimo encontramos una referencia a la crítica jurídica formulada por el sindicato demandante respecto a la falta de acreditación de la empresa que redactó el plan de recolocación, del que ya he explicado que n será tomado en consideración por la Sala para valorar la situación económica del Ayuntamiento en 2012. La Sala rechaza la argumentación de la demandante tanto por razones formales como de fondo; las primeras, porque tal referencia no estaba contenida en la demanda, y en segundo lugar porque el art. 23 del RDL 801/2011, vigente cuando se llevaron a cabo los despidos, no contenía previsión alguna al respecto sobre los requisitos que debía cumplir una empresa encargada, si no lo hiciera directamente la afectada, de poner en marcha un plan de acompañamiento social. Sin perjuicio de aceptar la tesis de la Sala, sí conviene señalar que la normativa actualmente vigente, y que ya lo estaba cuando se presentó el documento del plan de recolocación, sí requiere la acreditación mencionada en las alegaciones de sindicato demandante. En efecto, el art. 8.2 b) del Real Decreto 1483/2012 de 29 de octubre dispone que "La recolocación externa de los trabajadores a través de empresas de recolocación autorizadas. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo siguiente, en el caso de que se consideren estas medidas, deberá incluirse en la documentación del procedimiento, además de la concreción y detalle de las mismas, la identificación de la empresa de recolocación autorizada para llevarlas a cabo".

6. En el fundamento jurídico duodécimo, y dejo para el final la explicación del undécimo, se mantiene la argumentación de la Sala de concurrencia de las causas organizativas que acompañarían a las económicas, sin que obste a tal tesis el hecho de que se produjeran nuevas contrataciones temporales tras los despidos, en cuanto que las personas despedidas que prestaban sus servicios en las guarderías municipales no tenían la titulación exigida por la Junta de Andalucía para prestar sus servicios. En este punto la Sala hace suya la doctrina del TS sentada en sentencia de 25 de junio de 2014 con ocasión del PDC tramitado porel Ayuntamiento de Jerez de la Frontera , en la que se destaca, como ya expliqué al inicio de este artículo, que en el proceso de despido colectivo no se puede entrar en el análisis de la situación individual concreta de cada trabajador afectado y que esta debe ser objeto de discusión jurídica, en su caso, en el correspondiente procedimiento individual.

7. Por fin, cabe destacar que el fundamento jurídico undécimo versa sobre la existencia, a juicio de la Sala, de las causas económicas alegadas por la empresa, y sin duda será objeto de especial atención en los recursos de casación que se han anunciado contra la sentencia de instancia, en el bien entendido que buena parte de tales recursos deberá ir dirigida a solicitar la revisión de los hechos probados, algo ciertamente nada fácil en el recurso extraordinario de casación. La Sala cita la normativa de aplicación, tanto la propiamente laboral como la presupuestaria que afecta desde 2012 a las Administraciones Públicas, y añade en esta nueva sentencia la cita del art. 135 de la CE, supongo que como argumento de autoridad para reforzar su tesis de la actuación conforme a derecho de la Corporación Local.

Ciertamente, desde que se dictó la sentencia del TSJ andaluz en octubre de 2012 hasta el momento de celebración del nuevo juicio ya se han dictado numerosas sentencias por parte del TS que han consolidado doctrina jurisprudencial respecto a qué debe entenderse por insuficiencia presupuestaria, a sus notas de persistencia y carácter sobrevenida, y en dos de ellas se apoya la Sala, en concreto las dictadas el 2 de diciembre de 2014 y el 24 de febrero de 2015. La novedad argumental de la presente sentencia con respecto a la anterior radica no sólo en aplicar la doctrina del TS sino en dar respuesta a las alegaciones de la parte demandante contenidas en las pruebas periciales presentadas sobre la situación económica del Ayuntamiento y la necesidad o no de proceder a la tramitación del PDC como vía necesaria para garantizar la estabilidad económica de las arcas del municipio.

Remito en este punto a los lectores y lectoras del blog a la lectura detallada del citado fundamento jurídico para conocer extensamente las argumentaciones de la Sala, que en síntesis cabe decir que

proceden a rechazar las argumentaciones del sindicato demandante y su tesis principal de que en el momento de iniciarse el período de consultas las medidas adoptadas ya habían producido el ahorro necesario previsto en el Plan de ajuste económico de la Corporación, tesis, repito, rechazada por la Sala con el argumento de que "… el compromiso de rebajar 6.000.000 anuales en el capítulo de gastos de personal no se hacía en relación con los gastos acreditados en ese Capítulo el 31 de diciembre de 2011, sino con los gastos existentes en la fecha de aprobación del Plan". La Sala crítica el análisis económico realizado en el informe presentado por el sindicato demandante, afirmando que efectuó "una valoración parcial de la disminución de que las externalizaciones producían en el capítulo de gastos de personal, disminución que era puramente formal, al trasladarse los gastos del personal externalizado a los capítulos II y II del Presupuesto Municipal", y sostiene esta tesis porque así fue explicada "detalladamente en el juicio por el testigo ….". Tampoco se comparte otra afirmaciones del informe pericial de Comisiones Obreras respecto a la importancia, neutra, de la retención de participación en los ingresos del Estado al Ayuntamiento, que al contrario califica de muy relevante por entender que esa retención "agravó sobremanera la situación de la tesorería municipal, al dejar de poder disponer de los 11.000.000 euros, aproximadamente, a que ascendía el importe de esa participación en los ingresos del Estado…".

No hay en toda la amplia y extensa argumentación de la Sala en este fundamento jurídico referencia expresa alguna al informe pericial presentado por el Ayuntamiento, pero no parece difícil deducir de toda la argumentación de la sala que ha sido tomado muy en cuenta en el momento de proceder a la nueva valoración de la situación económica que tenía el Ayuntamiento en 2012.

8. Aquí concluye mi análisis y comentario de la tercera sentencia de la saga Ayuntamiento de Estepona, que no será el último (como siempre digo, si la actividad docente y la salud lo permiten) ya que ha sido anunciado recurso de casación, y aún en el supuesto de su no interposición cabrá prestar atención a las posibles demandas individuales que se presenten.

### *2.2.8. Despidos colectivos. Ayuntamiento de Totana. Nota a la sentencia del TS de 2 de diciembre de 2014.*

Es objeto de anotación la sentencia dictada por el Tribunal Supremo el 2 de diciembre de 2014, de la que fue ponente el magistrado Fernando Salinas. La sentencia desestima, en los mismos términos que el informe del Ministerio Fiscal, el recurso de casación interpuestos por el Comité de Empresa del Ayuntamiento murciano de Totana contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 10 de junio de 2013.

La sentencia del TSJ murciano fue objeto de atención anterior en una entrada del blog, de la que recupero ahora los contenidos más relevantes para enmarcar adecuadamente la resolución del alto tribunal.

"La sentencia dictada el 10 de junio por el TSJ de Murcia, de la que fue ponente el magistrado Joaquín Ángel de Domingo, resuelve el litigio planteado con ocasión de la demanda interpuesta por el Comité de empresa de Totana en proceso de despido colectivo, en la que solicitaba la declaración de nulidad de la decisión empresarial de despedir a 35 trabajadores de la plantilla, y subsidiariamente la condición de no ajustado a derecho. La sentencia desestima el recurso.

A) Según queda recogido en los antecedentes de hecho, la demanda versó sobre defectos formales y de fondo. Respecto a los primeros, la alegación de falta de buena fe negocial por no haber tomado en consideración la corporación local ninguna de las propuestas formuladas por la representación de los trabajadores durante el período de consultas (por ejemplo, recuperar servicios externalizados, reducir personal eventual o asignar a la plantilla municipal el asesoramiento externo contratado a una empresa); con relación a las causas, se alegaba la inexistencia de las mismas por no haber tomado en consideración las circunstancias concurrentes en años anteriores en los que los presupuestos del ayuntamiento "estaban inflados por las operaciones urbanísticas", por el carácter "insignificante" del ahorro que la empresa podía obtener en la reducción de su déficit con la medida extintiva, o porque la externalización de servicios producía un ahorro de costes menor del defendido por el Ayuntamiento. Es muy interesante la lectura del tercer párrafo del antecedente de hecho primero, en el que se

detallan, siempre según la parte demandante, los "disparates" cometidos por la parte demandada en años anteriores.

B) En el acto de juicio, celebrado el 7 de marzo, la demandada se opuso a la demanda y justificó el ERE en razones de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente, no habiendo sido suficientes los ajustes realizados con anterioridad (que quedan bien recogidos), y sobredimensionamiento de la plantilla por disminución de la carga de trabajo en los diversos departamentos (unido al incremento de la jornada laboral semanal). Desde el punto de vista de la relación entre la normativa laboral y la presupuestaria (algo de especial interés en las corporaciones locales) me interesa resaltar que la corporación alegó que su situación de déficit no le había permitido acogerse al mecanismo previsto en el RDL 4/2012 de financiación para pago a proveedores, y que tampoco podía cumplir, si no se adoptaban las medidas planteadas, los requisitos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera exigidos por la Ley Orgánica 2/2012 de 27 de abril.

Según queda debida constancia en los hechos probados, el ERE fue presentado el 17 de octubre de 2012, con la previsión inicial de extinción de 40 contratos de personal laboral de la plantilla del ayuntamiento, y el período de consultas finalizó sin acuerdo, acordándose no obstante diversos acuerdos parciales, como por ejemplo la extinción de 35 contratos o la no amortización de las plazas que quedaran vacantes en los próximos dos años. En los hechos cuarto y quinto se recoge la situación presupuestaria de la Corporación y su endeudamiento de más de 91 millones de euros a 31 de agosto de 2012, con una detallada explicación del contenido del plan de ajuste aprobado el 2 de febrero de 2012. A destacar, por la muy diferente valoración que realiza la corporación, la representación de los trabajadores (y después la que hará la Sala), que el cálculo del impacto de la extinción de 35 contratos, en términos de reducción de gastos del personal, era de 881.000 euros anuales.

C) Pasamos a los fundamentos de derecho. La Sala analiza, en primer lugar, la alegación de falta de buena fe negocial, pero no la toma en consideración por entender que del conjunto de las actas de las reuniones, de los acuerdos parciales alcanzados, y de algunas otras medidas adoptadas por la empresa que coincidían con las propuesta de la parte empresarial, se deduce con claridad que sí se negoció y con voluntad de llegar a un acuerdo, aunque finalmente no se alcanzara.

Sobre la argumentación de fondo, es decir sobre la existencia de las causas alegadas, con importancia fundamental de las económicas, la Sala realiza una interpretación formalista de la normativa vigente y de aplicación a los ERES en el sector público (disposición adicional vigésima de la Ley del Estatuto de los trabajadores), y constata, a partir de los hechos probados, la situación gravemente deficitaria del ayuntamiento, achacándole la responsabilidad en parte a "la herencia recibida", es decir a los consistorios anteriores al actual, ya que el endeudamiento de 91 millones de euros no puede calificarse sólo de consecuencia del déficit de los últimos años, "sino también "del resultado negativo de ejercicios económicos anteriores, fruto de las políticas presupuestarias de endeudamiento financiero adoptadas por muchas administraciones públicas".

Ahora bien, después de esta crítica a medio camino entre el análisis jurídico y la reflexión política, la Sala entra a valorar la situación concreta que ha justificado la presentación del ERE y razona que los datos aportados, y la obligación de cumplir con la normativa presupuestaria, avalan la justificación de la medida adoptada. De forma indirecta, la Sala apunta que la cuantía de la reducción de gastos derivada de la extinción de 35 contratos es muy menor en relación con el total del déficit del ayuntamiento, pero sitúa la medida en el conjunto de todas las adoptadas por el ayuntamiento y de esta manera la valora globalmente como adecuada, o dicho más técnicamente como "razonable y proporcionada" (cuestión distinta, me parece, podría ser la valoración jurídica si no hubieran existido esas medidas complementarias, entre las que por ejemplo se cita "la amortización de plazas de funcionario").

El argumento principal de la sentencia..... es que la empresa es la responsable de adoptar las medidas que considere más adecuadas para resolver los problemas existentes, y como la reducción de gastos de personal es adecuada si se suma a las restantes adoptadas no debe ser la justicia la que sustituya una decisión que "corresponde a las facultades de gestión y dirección de quien asume la condición de empresario". Insisto, donde hay que poner el acento en es la razonabilidad y proporcionalidad de la

medida adoptada, y es aquí donde pueden realizarse alabanzas o críticas a la decisión de la Sala, pareciendo, del conjunto de hechos probados que la empresa sí adoptó muchas medidas complementarias, aunque muchas de ellas no fueran las planteadas por la representación del personal.

Visto "desde fuera", sí me parece escaso el ahorro de costes logrado por las extinciones contractuales, y supongo que la Sala ha valorado el conjunto de esfuerzos llevados a cabo por el ayuntamiento, integrando esta medida extintiva, para darle su conformidad, ya que en caso de no existir las mismas la entendería francamente desproporcionada, o no razonable, con respecto al objetivo perseguido. Por cierto, hay una cuestión que debería ser analizada con más detalle, no digo en esta sentencia (que también se refiere a ella) sino en general, cual es el impacto del incremento de la jornada de trabajo (semana de 37,5 horas) en las propuestas de extinción de contratos por "sobredimensionamiento de la plantilla", pues no deja de ser curioso que una medida planteada, al menos en teoría, para mejorar la eficiencia y productividad del trabajo del personal de la función pública lleve aparejada como consecuencia, en cuanto que causa organizativa, una posible reducción del número de personas que prestan sus servicios, es decir "trabajar más unos y (no) trabajar otros" (yo creía que el slogan era "trabajar menos para trabajar todos")".

3. Contra la sentencia de instancia se interpuso recurso de casación por el Comité de Empresa, que fue desestimado por la sentencia del TS de 2 de diciembre de 2014. El resumen oficial de la sentencia es el siguiente: "Despido colectivo.- Ayuntamiento de Totana.- Sector público: Administraciones públicas.- Definición específica de las causas despido colectivo y la necesidad de ajuste al marco de mecanismos preventivos y correctivos regulados en normativa estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de Administraciones Públicas.- Causas económicas ("insuficiencia presupuestaria", "persistente", "sobrevenida", afectar a "la financiación de los servicios públicos correspondientes"): procedencia.- Causas organizativas: procedencia.- Adecuación y proporcionalidad de medidas adoptadas".

El único motivo del recurso se basa en la infracción de normativa aplicable (art. 207 e de la LRJS), por considerar los recurrentes que la sentencia de instancia infringió la disposición adicional 20ª de la LET y la LO 2/2012. La síntesis del recurso, que lógicamente reitera la argumentación expuesta en la demanda y en el acto del juicio, se recoge con precisión en el fundamento jurídico segundo de la sentencia del TS, alegando los recurrentes que la insuficiencia presupuestaria alegada por el ayuntamiento no era sobrevenida sino producto del "despilfarro y derroche" de años anteriores; que tampoco era persistente, ya que no había quedado probado que se hubiera producido en el período al que se refiere la Disp. Ad. 20ª de la LET, esto es "en el período inmediato anterior reciente en tres trimestres consecutivos"; que la LO 2/2012 no obligaba a despedir trabajadores como "fórmula más eficaz para reducir el gasto"; en fin, que no existía proporcionalidad en la medida porque la medida no resolvía los problemas del ayuntamiento, y tampoco existían las demás causas (técnicas y organizativas) alegadas, concluyendo en síntesis, con un planteamiento muy válido a mi parecer para la etapa anterior a la reforma laboral de 2012 pero mucho más difícil de mantener, al menos en el plano estrictamente jurídico, tras la misma, que debía hacerse una interpretación "muy restrictiva de la posible aplicación de los despidos colectivos a los ayuntamientos". Obviamente, la parte recurrida solicitó la desestimación del recurso con argumentos semejantes a los expuesto en el acto del juicio, insistiendo en su graves dificultades económicas y que aún cuando los despidos no acabarían con el déficit presupuestario "al menos propiciarían su reducción".

La Sala analiza la normativa vigente en el momento en que se produjeron los despidos, es decir la Disp. Adic. 20ª de la LET, así como también, por su indudable relación, la reforma efectuada en el art. 135, apartados 1, 2 5, de la Constitución y su desarrollo legislativo por la LO 2/2012, de fijación de un techo de déficit, aplicable también a las Administraciones Locales. No era de aplicación el RD 1483/2012 de 29 de octubre, ya que el inicio del período de consultas se produjo poco antes de su entrada en vigor, concretamente el 17 de octubre, por lo que era de aplicación el RD 801/2011 de 10 de junio que no contenía normas específicas sobre los despidos colectivos en las AA PP, a diferencia de la regulación contenida en el Título III del RD 1483/2012.

Sobre la aplicación, y en qué términos, del RD 801/2011 a despidos en las AA PP, la Sala remite a su doctrina contenida en la sentencia de 18 de febrero de 2014, relativa a los despidos acaecidos enel Ayuntamiento canario de La Oliva.

El TS analiza en esta sentencia de 2 de diciembre la concurrencia o no de la causa económica alegada por la corporación local, y lo hace a partir de la redacción del texto vigente, es decir la Disp. Adic. 20ª de la LET, del que subraya los "importantes problemas aplicativos que plantea", tales como el concepto de insuficiencia presupuestaria (habiendo sido necesario acudir al desarrollo reglamentario del RD 1483/2012 para su concreción); el concepto de persistencia referido a "tres trimestres consecutivos", también necesitado de concreción por el RD de desarrollo, y el concepto de "sobrevenida", siendo aún más relevante la duda relativa a que la insuficiencia debe afectar "a la financiación de los servicios públicos correspondientes", poniendo de manifiesto la Sala la difícil aplicabilidad de esta regla en cuanto que se trata "de servicios que legalmente debe suministrar la Corporación local y los que, como regla, en términos estrictamente económicos suelen ser deficitarios".

Planteadas estas dudas, no meramente doctrinales ya que hemos podido comprobar la necesidad de su concreción por el RD 1483/2012, en algún caso con dudas de legalidad por su posible regulación "ultravires", la Sala se adentra en el estudio del caso concreto para confirmar la tesis de la sentencia de instancia ya que ha quedado debidamente acreditada la insuficiencia presupuestaria a la que debía hacerse frente por imperativo de lo dispuesto en la normativa presupuestaria, sin que a efectos de la respuesta jurídica a la decisión empresarial tuviera relevancia en este momento la actuación del ayuntamiento en años anteriores "y sin perjuicio de las acciones que incumban con tal fin al Comité de Empresa" (parece que se deja una puerta abierta al Comité para accionar ante otros órdenes jurisdiccionales). Destaca también la tesis de que la decisión no afectó sólo a trabajadores que prestan sus servicios en aquellos que debe asumir de forma obligatoria la Administración, con independencia de su posible carácter deficitario, sino que afectó "a toda la actividad municipal", siendo además una medida que pretendía paliar la gravedad de la situación, dejando claro además que no era la única adoptada para resolver los problemas existentes.

La cuidada argumentación de la corporación local sobre la gravedad de la situación económica y la necesidad de adoptar medidas que corrijan las dificultades económicas, que conllevan a su vez la adopción de medidas de índole organizativas, es validada por

el TS tras el análisis de todas ellas a partir de los hechos declarados probados en instancia. Remito al apartado 2 del fundamento jurídico sexto para conocer con mayor detalle la tesis del TS, siendo lo más relevante a mi parecer la constatación de haber adoptado una serie de medidas por parte del Ayuntamiento, tanto de índole cuantitativa como cualitativa, para corregir la situación, siendo una de ellas, proporcionada a la gravedad de la situación, el despido de 35 trabajadores "como medida para reducir una plantilla que en dicha situación derivaba sobredimensionada". No existe tampoco una externalización de servicios que pudiera hacer pensar en una decisión empresarial que no respondiera a las causas organizativas alegadas, en cuanto que se puede deducir de todo lo expuesto en el litigio que "las labores realizadas por los despedidos pasarán a ser realizadas por el personal ya existente en la Corporación local demandada como consecuencia de la reestructuración llevada a cabo".

### *2.2.9. Despidos colectivos. Relación entre la extinción de la personalidad jurídica y la aplicación del procedimiento de despido colectivo (¿puede ser una sentencia un artículo doctrinal?). Notas a la sentencia del TS del 3 de diciembre (Caso "Fundación Servicio Valenciano para el empleo").*

1. Es objeto de anotación en esta entrada del blog la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 3 dediciembre de 2014 (Recurso núm. 201/2013), de la que fue ponente el magistrado Luís Fernando de Castro y que cuenta con un extenso voto particular suscrito por el magistrado Fernando Salinas y al que se adhieren dos magistradas y un magistrado.

La sentencia se dicta como consecuencia del recurso de casación interpuesto por la parte trabajadora contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 3 de abril de 2013, que desestimó la demanda interpuesta por los miembros de la comisión negociadora ad hoc contra la Fundación Servicio Valenciano para el Empleo por el despido de 40 trabajadores.

La síntesis oficial de la sentencia del TS es la siguiente: "Despido colectivo en la «Fundación servicio valenciano de empleo», adoptado en 19/12/12. se inicia periodo de consultas en 30/11/12, después de que en 26/09/12 el patronato hubiese acordado su extinción, tras haberlo así decidido el Consell en 26/09/12, en aplicación de la reestructuración del sector público acordada por el Consell en 03/08/12, siguiendo el «plan estratégico» previamente aprobado en 25/05/12 y que atendía a la limitación presupuestaria establecida en la ley orgánica 2/2012. la causa alegada en el PDC fue que la falta de la subvención oficial, efectivamente ausente para los presupuestos de 2013, y que constituía la fuente primordial de sus ingresos, imposibilitaba el fin fundacional y había llevado a la extinción de FSVE. Previamente, las partes habían acordado en marzo/2012 el cese de casi la mitad de la plantilla, por acusado descenso de ingresos. Se confirma la sentencia desestimatoria de la demanda. Voto particular".

2. El interés del caso no radica a mi parecer en el conflicto suscitado por la decisión empresarial, ya que los tribunales se han pronunciado con anterioridad sobre casos semejantes en los que las extinciones derivan de una decisión política, o más exactamente de una decisión de reducción sustancial, o simplemente supresión, del presupuesto que una Administración dedicada a una Fundación (El hecho probado cuarto de la sentencia de instancia explica que "La Fundación viene financiándose prácticamente en exclusiva a través de las subvenciones que la Generalitat Valenciana establece en sus Presupuestos anuales dentro de la línea correspondiente a la Dirección General de Empleo e Inserción Laboral del SERVEF, habiendo recibido las siguientes subvenciones: Mo 2009, ingresos totales 3.360.501,53, y por subvención 3.212.000, lo que equivale a un porcentaje de la subvención respecto a los ingresos totales del 95,58 %; año 2010, ingresos totales 3.238.229,56, ingresos subvención 3.207.000, siendo el porcentaje del 99,04%; año 2011, ingresos totales 3.424.157,75, y 2.915.000 ingresos subvención, siendo el porcentaje del 85,13 %; y para el año 2012, ingresos totales 1.450.000 euros, siendo el porcentaje del 55 % respecto del año 2010 y del 51 % respecto del año 2011.- Siendo el importe de la subvención a percibir anual por parte de la Generalitat el elemento determinante de los gastos que la Fundación puede asumir a lo largo de cada ejercicio. (Doc. 12.2, 2.7 y 11)"), sino de la argumentación jurídica desarrollada por la sentencia, y rebatida extensamente por el voto particular, en el fundamento jurídico sexto que está encabezado con un título que justifica la duda que he expresado en el de esta entrada: "Unas consideraciones adicionales necesarias".

Es decir, el caso podría haberse cerrado, con desestimación del recurso, tras aceptar el TS la tesis de la sentencia de instancia y rechazar los motivos alegados en el recurso de casación, pero la Sala ha considerado conveniente formular dichas "consideraciones adicionales" que bien pudieran ser más propias de un artículo doctrinal pero que este caso concreto cobran mucha más relevancia en cuanto que pueden marcar, de consolidarse, las pautas jurídicas de actuación por parte empresarial en posteriores conflictos en los que los despidos traigan su razón de ser de la extinción de la personalidad jurídica del sujeto empleador. Que se trata de un "obiter dicta" de indudable importancia, y con clara vocación de querer convertirse en pauta de actuación para el inmediato futuro (con la consiguiente réplica por el voto particular en tono muy crítico) se manifiesta con toda claridad en el primer párrafo del citado fundamento jurídico, que se inicia con la manifestación de la que la referencia hecha a la extinción de la FSVE "nos obliga a reflexionar sobre dos extremos", entendiendo por mi parte que más que una "obligación" es un deseo del ponente y de la mayoría de la Sala de exponer sus tesis sobre "dos extremos" relacionados con dicho caso y otros semejantes y que son los siguientes: "El primero, genérico y relativo a la consideración de la extinción de la personalidad como causa extintiva del contrato de trabajo, tanto en su eficacia como en su operatividad. Y el segundo, sobre la concreta relación existente entre la extinción de la FSVE y el presente Procedimiento de Despido Colectivo [en adelante, PDC]".

3. Pero antes de abordar esta relevante cuestión vayamos al litigio propiamente dicho, cuyo contenido queda perfectamente recogido en los hechos probados de la sentencia de instancia, en los que se explican los avatares del SERVEF como consecuencias de decisiones adoptadas por la Generalitat Valenciana en el marco de los procesos de racionalización y reestructuración del sector público autonómico para cumplir con los requisitos fijados por la Ley Orgánica 2/212 de 27

de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, siendo la relevante a nuestros efectos la adoptada el 2 de agosto de 2012 de la reducción del número de Fundaciones del sector público, incluyéndose aquí el SERVEF, cuya extinción y liquidación fue acordada por su Patronato el 26 de septiembre de 2012, por cierto antes de la publicación del Decreto-

Ley 7/2012, de 19 de octubre, del Consell, de medidas de Reestructuración y Racionalización del Sector Público Empresarial y Fundacional de la Generalitat.

La comunicación a los representantes de los trabajadores se produjo el 30 de noviembre, habiéndose producido discrepancias entre estos que llevaron a su dimisión y al nombramiento como negociadores de la comisión ad hoc referenciada al inicio de este artículo. Tras la celebración del período de consultas, que finalizó sin acuerdo, la empresa comunicó su decisión de extinción de todos los contratos de la plantilla a la autoridad laboral y a la representación de los trabajadores, con comunicación posterior individual a cada trabajador afectado. Para poder abonar las indemnizaciones legalmente debidas, el Consell adoptó un acuerdo el 14 de diciembre de 2012 de incrementar la dotación de la Fundación por un importe de 1.200.000 euros para su pago.

4. El recurso de casación se interpone al amparo de lo previsto en los apartados d) y e) del art. 207 de la Ley reguladora de la jurisdicción social, versando en síntesis sobre la petición de revisión de los hechos probados en instancias y sobre la vulneración de la normativa legal y reglamentaria estatal aplicable (Ley del Estatuto de los Trabajadores y RD 1483/2012), así como de la normativa autonómica de aprobación de las medidas de reestructuración del sector público. La sentencia, como ya he indicado, desestimará todas las alegaciones, en los mismos términos que el Informe emitido por el Ministerio Fiscal

A) La revisión de los hechos probados es desestimada tanto por carecer del obligado soporte documental como porque se mezcla con consideraciones de índole jurídica que deben ser objeto de alegación por otra vía en caso de considerar que se ha producido la infracción de la normativa aplicable. Critica la Sala que el recurso se construya sobre unas determinadas consideraciones de los recurrentes sobre los hechos probados que no se corresponden con los recogidos en la sentencia, concluyendo que la desestimación procede porque "el recurso incurre en el inaceptable defecto procesal de la llamada «petición de principio» o «hacer supuesto de la cuestión», que se produce cuando se parte de premisas fácticas distintas a las de la resolución recurrida, pasando así por alto que en casación no es factible dar por supuestos otros hechos que no sean los declarados probados".

B) Sobre las alegaciones de fondo, referidas al incumplimiento de la obligación de presentar la documentación debida en un caso como este en el que se abordan los despidos de una fundación del sector público, la Sala acude a su doctrina antiformalista respecto a la importancia de los documentos que deben aportarse, para concluir que un informe técnico que no fue incorporado por la parte empresarial no tiene la importancia que le confiere la parte recurrente y que tampoco tenía la obligación formal de presentarse dado que la normativa lo prevé en el caso de que hubiere previsión de pérdidas, siendo así que en el caso concreto no se plantean posibles pérdidas sino pura y simplemente la extinción de la Fundación, concluyendo la Sala que "…ni que decir tiene que siendo la causa del despido colectivo la extinción de «FSVE» por la ausencia de toda subvención, acordada en aplicación de sucesivas disposiciones legales autonómicas, no se alcanza a vislumbrar qué nueva y trascendente información pudiera proporcionar aquel informe técnico a los representantes de los trabajadores, en forma tal que les privase de datos necesarios para abordar con mínimas garantías el periodo de consultas".

En cuanto al debate sobre la existencia o no de causas económicas, la sala refuta la argumentación de la recurrente, argumentando que la desaparición de partida presupuestaria para la fundación en el presupuesto autonómico de 2013, causa aducida en el procedimiento de despido colectivo, lleva ineludiblemente a concluir la existencia de aquella, rechazando la alegación del recurso de no aparecer formalmente en la documentación aportada al período de consultas la causa de los despidos, enfatizando que "Siendo ello así, resultaría de un formalismo enervante mantener que en el procedimiento no consta acreditada la causa económica aducida, siendo así que su existencia deriva de

normas y Acuerdos públicos que nadie puede válidamente ignorar y que en todo caso no lo fueron tampoco por la Comisión Negociadora, tal como evidencian las actas de infructuosas reuniones llevadas a cabo en 04/ 10, 12 y 14/Diciembre, en las que el debate versó fundamentalmente –tras algunas iniciales alusiones a futuribles sobre la posible recreación y dotación presupuestaria de la Fundación– a la vinculación de los trabajadores afectados con el SERVEF".

5. El núcleo duro doctrinal de la sentencia se encuentra en los fundamentos jurídicos sexto y séptimo, en los que se aborda, como ya he indicado, la cuestión conceptual referida a la extinción de la personalidad como causa extintiva del contrato de trabajo, o dicho de otra forma la relación del art. 49.1 g) con el art. 51 de la LET ("g) Por … por extinción de la personalidad jurídica del contratante….. En los casos de extinción de la personalidad jurídica del contratante deberán seguirse los trámites del artículo 51 de esta Ley"). En una argumentación a mi parecer complicada de seguir en el plano conceptual, la conclusión a la que llega la Sala es que no será de aplicación el procedimiento de despido colectivo previsto en el art. 51, o más exactamente la existencias de las causas recogidas en el mismo para ponerlo en práctica, cuando ya "exista" una causa de extinción, siendo esta justamente la extinción de la personalidad jurídica del contratante…, salvo que pudiera producirse un fraude ley o un uso abusivo del derecho por la parte empresarial en su decisión, en cuyo caso la extinción estaría viciada y la decisión de extinguir los contratos de trabajos "habría de declararse nula o no ajustada a derecho [art. 124.11 LRJS]…", a menos que "simultáneamente se invocasen y acreditasen razones económicas, productivas u organizativas en los términos que describe el art. 51 ET". Remito obviamente a los lectores y lectoras del blog a una lectura detallada de la argumentación de la Sala contenida en el fundamento jurídico sexto, pero mi primera impresión tras la lectura de la sentencia es que se pretende que sea residual la aplicación del art. 51 de la LET cuando se produzca una extinción de la personalidad jurídica y posterior disolución… salvo que pueda alegarse la existencia de una actuación fraudulenta por sus órganos de dirección, en cuyo caso, de probarse, quedaría viciada la extinción y los despidos serían declarados nulos… salvo que, ahora sí, la parte empresarial alegara "nuevas" causas de extinción, esto es las económicas, técnicas, organizativas o de producción contempladas en el art. 51 de la LET. La traslación de esta doctrina al caso concreto enjuiciado lleva a la desestimación del recurso.

Con mucha rigurosidad el voto particular cuestiona frontalmente la tesis de la sentencia, recordando en primer lugar y con toda claridad, por si hubiera algún resquicio de duda, que "Se trata de unas reflexiones "obiter dicta" sobre la extinción de la personalidad de todo tipo de personas jurídicas como causa extintiva del contrato de trabajo, -- carentes, por tanto, de valor jurisprudencial y mero reflejo de la opinión jurídica de los firmantes…", que además, y refiriéndose ahora al caso concreto del que ha conocido la Sala, "… no sirven…. para, ni siquiera de forma complementaria, corroborar la

decisión principal, pues la sentencia mayoritaria ratifica íntegramente la decisión empresarial extintiva fundada en causas económicas confirmando la sentencia de instancia…".

No menos contundente se muestra el voto particular al recordar que la doctrina de la Sala, que no se ha pretendido modificar, se encuentra en dos importantes sentencias de 26 de junio de 2014 (caso Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid) y 23 de septiembre de 2014 (Caso Fundación Pedro Laín Entralgo), poniendo de manifiesto que la norma estatutaria (RD 1483/2012) remite "exclusivamente en este supuesto de personas jurídicas, a los trámites del despido colectivo, los que deberán seguirse … tanto en su aspecto sustantivo y, en su caso, procesal, con las lógicas adaptaciones oportunas". Tajante afirmación se acompaña previamente de una suave, pero no por ello menos contundente, crítica doctrinal a la tesis defendida por la mayoría de la Sala, al afirmar que "…no me consta, salvo error, que por algún sector doctrinal se haya defendido una tesis sobre la extinción contractual por extinción de la personalidad jurídica del contratante como la que se defiende en el FD 6º combatido".

Remito igualmente a su cuidada lectura por todas las personas interesadas, y sólo reproduzco ahora el párrafo final del voto que recoge con toda exactitud a mi parecer la crítica jurídica formulada a la tesis de la mayoría: "7.- En definitiva, en el presente recurso únicamente debería haberse analizado lo referente a la causa concreta de extinción de la Fundación empleadora, sin intentar construir una tesis general abstracta sobre los restantes cientos de personas jurídicas empleadoras que contempla nuestro ordenamiento, en el ámbito interno (estatal o autonómico) e internacional, y sobre las múltiples causas de extinción o disolución, incluso judicial en vía penal (sociedades de capital,

cooperativas, entidades deportivas, sociedades anónimas deportivas, sociedades civiles, corporaciones y entidades de derecho público, órdenes, congregaciones e institutos religiosos, entidades de las distintas religiones, cámaras agrarias, sociedades profesionales, partidos políticos, sindicatos, asociaciones patronales, asociaciones de jueces, etc.), y el no haberlo limitado a tal extremo, entiendo que conlleva a la indefinición de la tesis construida que se combate ya que de ser aplicable generaría inseguridad jurídica y la alteración de las principios de derecho interno e internacional sobre la concurrencia de justa causa para el despido y sobre su control judicial".

***2.2.10. Despidos en la Administración local. Nuevamente sobre legitimación para negociar y presunta vulneración de derechos fundamentales e insuficiencia presupuestaria sobrevenida. Notas a la sentencia del TS de 26 de febrero (caso Ayuntamiento de Aljaraque).***

1. Es objeto de anotación en esta entrada del blog la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 24 defebrero, de la que fue ponente el magistrado Fernando Salinas. Dicha sentencia resuelve el recurso de casación interpuesto por la sección sindical del Sindicato Unitario en Huelva en el Ayuntamiento de Aljaraque contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Sevilla de 8 de mayo de 2013, que desestimó la demanda interpuesta por la representación sindical citada contra la decisión de la Corporación local de proceder al despido de 27 trabajadores.

El TS, en los mismos términos que se pronunció el informe del Ministerio Fiscal, desestima el recurso. El resumen oficial de la sentencia es el siguiente: "Ayuntamiento Aljaraque.- Acuerdo Ayuntamiento y Comité Empresa: impugnación por Sección Sindical Sindicato Unitario.- Legitimación Comité para negociar y alcanzar acuerdos en periodo consultas cuando secciones sindicales con representación mayoritaria en Comité no acuerden asumirla.- Competencias de Alcalde y Pleno en despidos: doctrina STS/IV 1-julio-2014 (rcud 1486/2013).- Pretensiones relativas a inaplicación reglas prioridad permanencia: proceso individual: doctrina STS/IV 23-septiembre-2014 (rco 231/2013).- Vulneración derechos garantía indemnidad, libertad sindical y huelga: inexistencia.- Valor reforzado existencia Acuerdo previo: doctrina STS/IV 25-junio-2014 (rco 165/2013).- Insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para financiación servicios públicos correspondientes: doctrina STS/IV 2-diciembre-2014 (rco 29/2014).- Fraude de ley y abuso de derecho en el Acuerdo: defectuosa articulación del recurso".

2. Remito a la lectura de los hechos probados y paso directamente al examen de los contenidos más destacados a mi parecer de los fundamentos de derecho, poniendo ya de manifiesto que la sentencia se remite en gran parte de su contenido a anteriores resoluciones en las que el alto tribunal ha debido pronunciarse sobre cuestiones semejantes, siendo a mi entender la más relevante la referente al concepto de insuficiencia presupuestaria sobrevenida en las Administraciones Públicas.

A) El recurso de casación se articula alrededor de ocho motivos, basados siete de ellos en la alegada infracción de la normativa y jurisprudencia aplicable, es decir en el art. 207 e) de la Ley reguladora de la jurisdicción social, y sólo en uno se pide la revisión de hechos probados al amparo del art. 207 d), revisión que es aceptada (Fundamento de derecho segundo) "al resultar claramente de la documental invocada", sin pronunciarse obviamente en este momento "sobre la posible incidencia de tal decisión".

B) A continuación, la Sala entra en las cuestiones de fondo. Se alega en primer lugar infracción de los arts. 26 y 46 del RD 1483/2012 en relación con los arts. 51.2 y 51.7 de la Ley del Estatuto de los trabajadores y los arts. 124.2 y 124.11 de la LRJS. La recurrente solicita la declaración de nulidad del despido "debido a que la negociación y el Acuerdo de alcanzado en fecha 14-01-2013 se realiza por el Comité de Empresa y no por las Secciones sindicales por lo que afirma que la negociación el acuerdo se llevó a cabo por quien no está legitimado para ello en nombre de los trabajadores afectados". Sorprende ciertamente la cita del art. 51.7, referido a la extinción por causa de fuerza mayor ya que no guarda en absoluto relación con la temática del conflicto, y así lo había puesto ya de manifiesto la sentencia de instancia y reitera ahora el TS, además de recordar que la hipotética impugnación en tal

caso debe plantearse por la vía del art. 151 de la LRJS ("procedimiento de impugnación de actos administrativos en materia laboral y de Seguridad Social excluidos los prestacionales").

Es decir, la primera cuestión a debate es la relativa a los sujetos legitimados para negociar por la parte trabajadora en un procedimiento de despido colectivo, y más allá de la solución del caso concreto manifiesto nuevamente mi sorpresa por la argumentación de la recurrente de que la representación unitaria "no está legitimada" para negociar. El TS, de manera muy didáctica, repasa la normativa que afecta a esta alegación, yendo en primer lugar al art. 63.1 de la LET que conceptúa al comité como órgano representativo y colegiado del conjunto de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo para la defensa de sus intereses"; a continuación, y tomando como obligada referencia la reforma operada en algunos preceptos de la LET (señaladamente los arts. 41.4 y 51) y de la LRJS (art. 124) desde el RDL 3/2012 recuerda que en los procedimientos de despido colectivo hay una preferencia para negociar atribuida a las secciones sindicales si estas así lo deciden y siempre y cuando "tengan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal", y también que en caso de inexistencia de representación sindical y unitaria la representación de la parte trabajadora podrá ser atribuida a una comisión ad hoc, con una concreción de tales reglas en el RD 1483/2012. A partir de los inalterados hechos probados de la sentencia de instancia que afectan a esta alegación del recurrente, la sentencia desestimará el recurso porque no ha quedado probado, y tampoco se alegó en la demanda, que hubiera un acuerdo sindical para negociar, y tampoco que se diera el supuesto de representación mayoritaria en los órganos de representación unitaria de la empresa.

C) Como segunda cuestión de especial interés se plantea una de índole administrativa, cual es a quién corresponde adoptar la decisión de los despidos, esto es si puede hacerlo el alcalde de la corporación local (tal como ocurrió en el caso ahora enjuiciado) o bien corresponde al Pleno del Ayuntamiento (tesis de la recurrente que basa en ella la nueva petición de nulidad del despido por presunta infracción del art. 22.2 de la Ley 7/1985, de bases del régimen local (apartados e, f y g) en relación con el art. 124.11 de la LRJS. La Sala confirma la argumentación de la sentencia de instancia que basó su decisión en el apartado h) del primer precepto referenciado que incluye entre las funciones del alcalde las de "acordar el despido del personal laboral", sin perjuicio de deber dar cuenta al Pleno municipal "en la primera sesión que se celebre". El TS se remite a la doctrina sentada en su sentencia de 1 de julio de 2014, que trató sobre un despido disciplinario y en la que se concluyó que "se exige al Alcalde la dación de cuenta al Pleno de los despidos del personal laboral, pero no la ratificación ante el Pleno, que ha desaparecido por derogación expresa operada por la Ley 57/2003, aunque "modificando" de nuevo los arts. 21 y 22 de la Ley 7/1985 de 2 de abril se exprese tal atribución en los mismos términos establecidos por la Ley 11/1999 -que ya los había modificado-".

D) Pasemos a otro motivo del recurso, la infracción del art. 68 de la LET por vulneración del derecho de preferencia de los representantes de los trabajadores, que la recurrente vincula con la vulneración del derecho constitucional fundamental de libertad sindical del 28.1 CE y por ello solicita nuevamente la nulidad de la decisión empresarial.

Además de algunas cuestiones formales que probablemente ya hubieran podido llevar a la desestimación – la falta de concreción de los representantes potencialmente afectados – la Sala rechazará la alegación por aplicación de la tesis defendida en varias de sus sentencias sobre la obligación de plantear las hipotéticas infracciones de las prioridades establecidas en la normativa vigente por vía de procedimiento individual de despido. Hay al efecto una amplia cita de lasentencia de 23 de septiembre de 2014 (Caso Pedro Laín Entralgo) que mereció atención detallada por mi parte en una anterior entrada y de la que ahora recupero un fragmento de especial interés por su relación con el caso ahora analizado: "La respuesta desestimatoria de la Sala (que no ha recibido discrepancia alguna en este apartado) parte de un detallado estudio de las diferentes vías procesales

reguladas en el art. 124 de la LRJS según se trate de cuestiones de carácter colectivo o de carácter individual, siempre que entendamos por estas últimas las referentes a las discrepancias sobre las reglas relativas a la prioridad de permanencia en la empresa o las referentes a la comunicación (y el cumplimiento de la normativa) a cada trabajador afectado por el despido colectivo. La Sala es consciente de estar en presencia de "una compleja cuestión", ya que de una parte el art. 124 2 d) permite acudir al procedimiento de despido colectivo cuando la decisión empresarial se haya adoptado "vulnerando derechos fundamentales y libertades públicas", pero inmediatamente a continuación dispone que "En ningún caso podrán ser objeto de este proceso las pretensiones relativas a la inaplicación de las reglas de prioridad de permanencia previstas legal o convencionalmente o establecidas en el acuerdo adoptado en el período de consultas", remitiendo tales pretensiones al procedimiento individual referenciado en el apartado. La Sala, con argumentación formalmente correcta pero que me suscita muchas dudas en cuanto al fondo por relegar la protección del derecho fundamental de libertad sindical en aras a una interpretación literal del precepto normativo ("en ningún caso..."), considera que no puede plantearse el debate sobre la prioridad de permanencia de los trabajadores afectados por la vía del procedimiento de despido colectivo, y remite al procedimiento individual. De seguir la doctrina de la Sala cabe pensar que cualquier extinción contractual de un representante del personal en un despido colectivo no podrá analizarse en vía de procedimiento del art. 124.2 LRJS y por consiguiente no se entrará por los tribunales a valorar la hipotética vulneración de un derecho fundamental, que en caso de quedar acreditado debería implicar la nulidad de la decisión empresarial, sino que este debate quedará remitido, como mera cuestión ordinaria de criterios de prioridad de permanencia en la empresa, al procedimiento individual, en el que no se olvide que el trabajador demandante deberá demandar a aquel o aquellos trabajadores que considere jurídicamente de peor condición que la suya para permanecer en la empresa. Es cierto que en el caso ahora analizado la problemática es de menor importancia, al menos a mi parecer, por tratarse de trabajadores temporales, pero piénsese en el impacto de una decisión empresarial en empresas de importante tamaño en cuanto al número de trabajadores en plantilla y afectados por los despidos. Quede aquí la duda y la crítica jurídica a la forma como el TS ha abordado la resolución a esta cuestión".

E) Más alegación de vulneración de derechos fundamentales (art. 14, 24 y 28 CE) se encuentra en el quinto motivo del recurso. La tesis fundamental de la recurrente era que la vulneración de la garantía de indemnidad y del derecho de libertad sindical se había producido porque "de los 27 despidos practicados 15 eran afiliados al Sindicato Unitario, que algunos de los despedidos habían interpuesto demanda contra la empresa… y/o habían sido miembros del comité de huelga..". La desestimación del recurso procede, en síntesis, porque la empresa pudo demostrar que la decisión adoptada "se presentaba razonablemente ajena al móvil atentatorio de los derechos fundamentales invocados", y ello, se insiste por la Sala, "sin perjuicio del posible planteamiento del caso concreto en el proceso de despido individual", con remisión a la doctrina contenida en la sentencia de 25 de junio de 2014. Se destaca, a efectos de la desestimación del recurso, que hubo acuerdo durante el período de consultas, y que la lista inicial de afectados planteada por la empresa fue modificada durante el período de negociación con la representación de la parte trabajadora.

F) La alegación del incumplimiento de la necesidad de acreditar por la parte empresarial la "insuficiencia presupuestaria sobrevenida" es el eje central del séptimo motivo del

recurso, relacionando el art. 124.2 a) de la LRJS con el art. 35.3 del RD 1483/2012, el art. 3.2 de la Ley de contratos del sector público y el art. 124.11 de la LRJS. La argumentación de la recurrente reproducida en el fundamento de derecho séptimo, fue que "…no hay un solo dato sobre la situación actual del Ayuntamiento, ya que el 99% de la información económica que obra en la memoria y que se ha facilitado en la negociación hace referencia a ejercicios pasados, 2008, 2009, 2010 y 2011 y solo una pequeña referencia a los créditos de 2012, y que esa insuficiencia presupuestaria deviene por haberse prorrogado en 2010 y 2011 los presupuestos de 2009 que eran irreales e insuficientes, por lo que dicha insuficiencia presupuestaria no es " sobrevenida " sino que viene de lejos y es consecuencia de una incorrecta planificación presupuestaria".

Antes de rechazar esta argumentación con remisión muy extensa a la doctrina contenida en la sentencia de 2 de diciembre de 2014, la Sala desea enfatizar su doctrina sobre la importancia de un acuerdo existente en fase de consultas entre ambas partes, como elemento muy importante, aunque no ciertamente decisivo, sobre la concurrencia de las causas que provocaron los despidos.

G) Sobre la falta de buena fe en la negociación por parte empresarial la desestimación del recurso se justifica por la Sala porque la obligación de negociar de buena fe se predica de ambas partes y la parte recurrente pudo alegar, a través de sus miembros integrantes del comité, todo aquello que consideró oportuno durante el período de consultas. Quedó probado en instancia, e inalterados los hechos, que hubo diferentes propuestas y contrapropuestas, y que no era contrario a la buena fe negocial la alegación empresarial de no poder proceder a suspensiones de contratos y reducciones de jornada, dado que ello le está expresamente prohibido por la disposición adicional vigésimo primera de la LET tras la reforma laboral de 2012.

H) Finalmente, la parte recurrente alega actuación fraudulenta en cuanto al texto del acuerdo suscrito durante el período de consultas "en las materias relativas a la jubilación parcial y al contrato de relevo, a las diferencias abonar sobre las prestaciones por desempleo para los trabajadores que hubieran modificado voluntariamente su relación contractual de indefinido a indefinido fijo-discontinuo y al abono en plazos de la indemnización por despido aun siendo superior a la legal". La Sala recuerda en primer lugar las definiciones de fraude de ley y abuso de derecho contenidas en los arts. 6.4 y 7.2 del Código Civil, no apreciando su existencia en este caso concreto y criticando el planteamiento de la recurrente en cuanto que "está mal articulado este motivo del recurso al no plantearse la posible ilegalidad de alguno de los pactos sino la existencia del referido fraude de ley o abuso de derecho a los efectos exclusivos de obtener una declaración de nulidad del despido colectivo, a la que no puede accederse, a pesar de la doctrina de esta Sala contenida, entre otras, en las SSTS/IV 17-febrero-2014 (rco 142/2013 ), 17-febrero- 2014 (rco 143/2013 ), 18-febrero-2014 (rco 151/2013 ), 18-febrero-2014 (rco 228/2013 , 19-febrero-2014 (rco 150/2013 ), 20-febrero-2014 (rco 116/2013 ), 23- septiembre-2014 (rco 231/2013 ) o 11-diciembre-2014 (rco 258/2013)…

### *2.2.11. Despidos colectivos. El impacto de los ajustes en el sector público y la fusión empresarial como causa organizativa. Nota a la sentencia del TS de 28 de enero de 2015.*

1. Es objeto de anotación en esta entrada del blog la sentencia de la Sala de lo Social del TribunalSupremo dictada el 28 de enero, de la que fue ponente la magistrada Milagros Calvo. Dicha sentencia desestima, en los mismos términos que se manifestó por el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe, el recurso de casación interpuesto por la federación regional de servicios de UGT-Madrid y la federación de servicios financieros y administrativos de CC OO contra lasentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia deMadrid de 25 de noviembre de 2013. El muy esquemático resumen, publicado enCENDOJ, es el siguiente: "Despido colectivo. Recurso de casación común. Concurrencia de la causa organizativa. Fusión empresarial".

2. El litigio encuentra su origen en la demanda presentada por los citados sindicatos contra la empresa Ingeniería de sistemas para la defensa de España, que procedió, tras la tramitación del procedimiento legalmente previsto (art. 51 de la Ley del Estatuto de los trabajadores y art. 124 de la Ley reguladora de la jurisdicción social) a la extinción colectiva de 49 de contratos, con alegación de causas organizativas. En lo hechos probados de la sentencia de instancia, recogidos en el antecedente de hecho cuarto de la sentencia del TS, se proporciona toda la información del conflicto desde que la empresa anunció la tramitación de un procedimiento de despido colectivo el 27 de junio de 2013 hasta que adoptó su decisión final una vez finalizado el período de consultas sin acuerdo. Por su importancia para el mejor conocimiento de la resolución tanto del TSJ como del TS reproduzco los hechos probados primero y quinto de la sentencia de instancia:

PRIMERO. "El 27/06/2013 INGENIERÍA DE SISTEMAS PARA LA DEFENSA DE ESPAÑA SA comunicó al Comité de Empresa del centro de trabajo de la calle Beatriz de Bobadilla de Madrid el inicio del procedimiento de despido colectivo y del preceptivo periodo de consultas, una vez que había recibido la autorización inicial al procedimiento por parte de la Comisión Técnica Interministerial referida en la Disposición Adicional Séptima del Real Decreto Ley 5/2013, dirigiendo comunicación asimismo a la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, explicando que el despido colectivo se funda en causas organizativas, conforme se exponía en el informe técnico y en la memoria

que acompañaba, que afectaba únicamente al centro de trabajo situado en la calle Beatriz de Bobadilla, afectando potencialmente a 183 trabajadores y que eran 77 los trabajadores afectados de forma efectiva por el despido colectivo, acompañando la documentación que el escrito, obrante en autos, enumera y se tiene por reproducido".

QUINTO.- El Acuerdo del Consejo de Ministros de 16/03/2012 (BOE 24/03/2012) aprobó el plan de restructuración y racionalización del sector público empresarial y fundacional estatal, en cuyo anexo V se acordó la fusión de ISDEFE e INSA en los siguientes términos: «Fusión de ISDEFE e INSA.1.° Se incorporan la totalidad de las acciones de titularidad del Organismo Autónomo Instituto Nacional de Técnica

Aeroespacial Esteban Terradas, INTA y representativas del cien por cien del capital social de la Sociedad Estatal Ingeniería y Servicios Aeroespaciales, S.A. (INSA) a favor de la Sociedad Estatal Ingeniería de Sistemas para la Defensa de España, S.A. (ISDEFE) de conformidad con lo dispuesto en el artículo 168.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas . 2.° Con posterioridad, una vez incorporados los títulos de la Sociedad Estatal Ingeniería y Servicios Aeroespaciales, S.A. (INSA) a favor de la Sociedad Estatal Ingeniería de Sistemas para la Defensa de España, S.A. (ISDEFE) y conforme con lo dispuesto en el artículo 169 f) de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas , se procederá a la extinción de aquella transmitiendo en bloque su patrimonio a la Sociedad Estatal Ingeniería de Sistemas para la Defensa de España, S.A. (ISDEFE) de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley 3/2009, de 3 de abril , de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles. 3.° Se modificará el objeto social de la Sociedad Estatal Ingeniería de Sistemas para la Defensa de España, S.A. (ISDEFE) extendiéndose a aquellas actividades de la Sociedad Estatal Ingeniería y Servicios Aeroespaciales, S.A. (INSA) que no estuvieran incluidas en su objeto social.» En dicho plan se establece con carácter general "un plan de redimensionamiento sobre la adecuación de las estructuras organizativas, laborales inmobiliarias y de recursos resultantes de la nueva situación" y que "las medias laborales que en ejecución de las operaciones societarias y planes de redimensionamiento que se adopten se entenderán motivadas por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, en los términos de la Disposición Adicional Segunda del R.D.L. 3/2012".

Del período de consultas cabe constatar la existencia de diversas propuestas por ambas partes y de un progresivo acercamiento durante la negociación, si bien no fue posible llegar a un acuerdo tras la última propuesta empresarial de reducir a 62 el número de las extinciones contractuales, con indemnización de 28 día de salario/año y medidas de acompañamiento, que encontró la réplica por la parte trabajadora de 40 extinciones y 30 días de salario/año. De los 49 despidos, 11 trabajadores se acogieron voluntariamente y la empresa decidió, de acuerdo a los criterios de selección fijados, la extinción de 38 contratos.

3. El Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de marzo de 2012 mereció mi comentario en unaanteriorentrada del blog, del que ahora recupero su contenido más relevante para enmarcar adecuadamente las resoluciones de ambos tribunales.

"En la introducción del Acuerdo se explica que "Como una pieza más de las medidas estructurales y coyunturales que el Gobierno está adoptando para crear un entorno económico favorable y reducir los desequilibrios fiscales, es conveniente abordar de forma decidida la reducción y el saneamiento del sector público empresarial y fundacional", una medida más, según el Gobierno, que forma parte del "conjunto de reformas estructurales orientadas al retorno a una senda de crecimiento y de empleo apoyada en la actividad privada, y la libertad de empresa recogida en el artículo 38 de la Constitución española". Si bien el Acuerdo sólo es de aplicación al sector público estatal, el ejecutivo espera que las medidas adoptadas puedan tener un efecto multiplicador "en la medida en que los criterios de actuación que en él se plasman sean asumidos por las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales, induciendo a una reducción sustancial de sus sectores públicos empresariales y fundacionales". Además, el gobierno ya anuncia que las reformas emprendidas no se agotan con las

medidas recogidas en el Acuerdo, ya que este debe considerarse "como un marco de actuación que permita profundizar en el proceso que inicia, promoviendo la unificación de la supervisión

financiera de todo el sector público empresarial estatal y la realización en su caso de las reformas normativas precisas".

Pues bien, al amparo de lo dispuesto en los artículos 168 y 169 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, el apartado primero dispone que "se autorizan las operaciones de cambio de titularidad, las fusiones, extinciones y demás operaciones societarias, que se determinan en los anexos al presente Acuerdo". Por su parte, el apartado tercero remite a cada Ministerio coordinar la ejecución del acuerdo respecto de las sociedades mercantiles dependientes afectadas, y entre las medidas que ha de llevar a cabo, "entre otras, aparece en primer lugar la de "Autorizar los planes de redimensionamiento, previo informe del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas cuando estos tengan impacto presupuestario".

El apartado cuarto dispone que los consejos de administración de las sociedades mercantiles afectadas por las operaciones societarias autorizadas en el Acuerdo "deberán aprobar" (la redacción es bien clara y contundente) "un plan de redimensionamiento sobre la adecuación de las estructuras organizativas, laborales, inmobiliarias y de recursos resultantes de su nueva situación", plan que deberá ser aprobado en el plazo de dos meses desde la formalización de las operaciones societarias "previa autorización del Ministerio de dependencia que deberá contar con informe del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas cuando los planes tengan impacto presupuestario".

… En fin, y este el apartado más relevante del acuerdo por lo que afecta al impacto de la reforma laboral plasmada en el Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero, sobre la "reestructuración y racionalización del sector público empresarial", el quinto se dedica de manera concreta y específica a las medidas laborales que se adopten "en ejecución de las operaciones societarias y planes de redimensionamiento", las cuales parece ser, siempre según la redacción del texto, que significarán la extinción de relaciones laborales, ya que "se entenderán motivadas por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, en los términos de la Disposición adicional segunda del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral".

Por consiguiente, por una vía indirecta, se ha creado una nueva causa de extinción de las relaciones laborales del personal laboral de las empresas del sector público estatal (de momento sólo el estatal) en las que van a operarse cambios jurídicos y que están recogidas en el anexo del Acuerdo, o si se quiere decir de otra forma, se ha concretado que la decisión política de reestructurar y racionalizar el sector público empresarial, y su obligada concreción por las sociedades afectadas, es un supuesto posible de extinción de las relaciones laborales de los trabajadores de las empresas afectadas por cualquiera de las causas listadas en la citada disposición adicional segunda del RDL. Las preguntas jurídicas que surge automáticamente son las siguientes: ¿existe alguna posibilidad de control judicial de la "causa" en virtud de la cual se ha tomado la decisión de "dimensionar" o liquidar la empresa, con su impacto consiguiente sobre la decisión de extinguir contratos laborales? ¿Cuál será la intervención de la autoridad laboral, y de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social, en el supuesto de presentación de un

expediente de regulación de empleo, si la empresa afectada aduce que ha tomado la decisión obligada por lo dispuesto en la Orden ahora objeto de comentario y por estar incluida en su anexo?

4. Vuelvo al litigio ahora enjuiciado. La sentencia del TSJ madrileño, de la que fue ponente el magistrado José Ramón Fernández, rechazó la alegación de nulidad de los demandantes por presunta vulneración de la disposición adicional séptima del RDL 5/2013 ("Las entidades participadas mayoritariamente o apoyadas financieramente por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria así como los entes, organismos y entidades que formen parte del sector público estatal y no tengan la consideración de Administración Pública conforme a lo previsto en el artículo 3.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real

Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, deberán informar a una comisión técnica integrada por representantes de los Ministerios de Empleo y Seguridad Social, Economía y Competitividad y Hacienda y Administraciones Públicas, con carácter previo, tanto del inicio de cualquier procedimiento de despido colectivo como de cualquier propuesta de acuerdo a presentar a la representación de los trabajadores durante el desarrollo del periodo de consultas"), tanto porque existía el Acuerdo del Consejo de Ministros como porque tal alegación se planteó en el acto del juicio y no constaba en la demanda, es decir "es un tema nuevo no contenido en demanda, sorpresivo y rechazable por ello".

También rechazó las alegaciones de nulidad por falta de buena fe negocial y no concreción de los criterios de selección de los trabajadores afectados, considerando que de los hechos probados quedaba debidamente acreditada la negociación real entre ambas partes durante el período de consultas y que habían quedado fijados los criterios, que no sólo constaban sino también se recogía la secuencia de su ejecución, "diferenciando una fase de extinción voluntaria y otra de aplicación de criterios detallados, puramente profesionales y sin incluir criterio discriminatorio alguno"… (Fundamento de derecho segundo).

En fin, respecto al fondo del litigio, esto es la existencia o no de la causa organizativa alegada por la empresa como consecuencia de la fusión legalmente decidida, el TSJ realizó un amplio análisis teórico de qué debe entenderse por cada una de las causas que posibilitan un despido colectivo, para centrarse después de forma más detalladas en las causas organizativas y responder de forma afirmativa a la existencia de la causa alegada por la empresa, siendo no poco importante a mi parecer que durante la fase de negociación la parte trabajadora hubiera considerado que el número de 40 extinciones era "proporcional", concluyendo que "se evidencia así, por el conjunto de elementos probatorios que hemos identificado, que la causa colectiva esta bien ponderada y no incurre en desproporción cuantitativa respecto al número de despidos que se han acordado".

5. Contra la sentencia de instancia se interpuso recurso de casación por los sindicatos demandantes, con un único motivo con cobertura en el apartado e) del art. 207 de la LRJS, esto es por infracción de la normativa aplicable y de la jurisprudencia. En concreto, por infracción del art. 7 del RD 1483/2012 en relación con el art. 51 de la LET, es decir vulneración de las reglas y requisitos relativos al período de consultas. Recordemos ahora que el art. 7.1 dispone que "El periodo de consultas tendrá por objeto llegar a un acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. La

consulta deberá versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad. A tal fin los representantes de los trabajadores deberán disponer desde el inicio del periodo de consultas de la documentación preceptiva establecida en los artículos 3, 4 y 5 y las partes deberán negociar de buena fe".

Al igual que en instancia, las partes ahora recurrentes solicitan en primer lugar la declaración de nulidad de los despidos y de manera subsidiaria la declaración de no conformidad a derecho de la decisión empresarial por no haber quedado debidamente acreditada la causa organizativa alegada.

El rechazo de la nulidad solicitada deriva de no aceptar la Sala la tesis del recurso sobre la forma como se desarrolló la negociación durante el período de consultas y sus aportaciones de un informe (no permitido ex art. 207 d LRJS), así como también de la manifestación de que tal nulidad derivaría de "los argumentos expuestos que constan debidamente acreditados en la prueba documenta aportada por las partes", ya que a juicio de la Sala de la prueba documental "no se cita detalle alguno que permita identificarla pero que en todo caso tampoco sería de utilidad pues no se insta la rectificación del relato histórico al objeto de acreditar el error en la apreciación de la prueba".

Para la Sala, el recurso versa sobre la discrepancia en el número de extinciones decidida finalmente por la empresa, más concretamente sobre 33 (incluyendo aquí además las 11 extinciones voluntarias), ya que se aceptaba por la parte trabajadora la existencia de 16 despidos como consecuencia del proceso de fusión de dos empresas y las necesidades de reorganización de su actividad. La discrepancia sobre la decisión empresarial sin solicitar revisión de hechos probados y sin otro fundamento que la disconformidad no puede llevar a la nulidad de los despidos, señalando además la Sala que la cuestión planteada por los recurrentes como causa de nulidad "en modo alguno es de las comprendidas en el enunciado de causas que contempla el artículo 124 de la L.J.S".

Entrando en el análisis del fondo de la cuestión, es decir de la existencia o no de la causa organizativa alegada, la argumentación de la recurrente se basa, como queda recogido en el hecho probado tercero, en que el acuerdo del Consejo de Ministros que recogió la fusión entre las dos empresas citadas "no establece que se deba acometer necesariamente un expediente de regulación de empleo y que la única consecuencia objetiva es la duplicidad de dieciséis empleos para a continuación llevar a cabo un examen prolijo de un informe pericial obrante en autos aludiendo al benchmarking, estudio comparativo, señalando que la Sala no ha dado respuesta a una conclusión que la recurrente expuso en el acto del juicio oral afirmando que nos hallamos ante una causa productiva pero no organizativa".

El rechazo de la argumentación deriva de la valoración de una prueba pericial con el que se pretende rebatir la existencia de la causa organizativa, que habiendo quedado inalterados los hechos probados no puede en modo alguno prosperar. En el recurso se expone que "una cosa es el proceso de negociación y otra la legalidad de la decisión empresarial", pero la Sala expone que "tan genérico comentario no se acompaña de una eficaz contradicción frente a los argumentos de la sentencia que desvirtúe la corrección del fallo".

### *2.2.12. Los despidos colectivos llegan a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. Sobre el concepto de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente en las Administraciones Públicas y el carácter ultra vires del RD 1483/2012. Notas a la sentencia de 19 de mayo.*

1. Abordo el examen de la sentencia del TS (C-A) de 19 de mayo, conocida el lunes 25 y de la que inmediatamente se hizo difusión por parte de la UGT en su página web, siendo ya poco después publicada en el CENDOJ, que el citado día 25 había publicado poco antes una amplia nota informativa con el título "El TribunalSupremo estima parcialmente un recurso contra el Reglamento de los EREs", el subtítulo "Anula parte del artículo 35.3 del Reglamento por considerar contrario a lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores la definición que hace de la insuficiencia presupuestaria que determina la existencia de causas económicas justificativas de despido colectivo", y el siguiente contenido referido al citado precepto parcialmente anulado:

"La Sala Tercera del Tribunal Supremo ha anulado parte del artículo 35.3 del Reglamento de los procedimientos de despido colectivo, de 2012, por considerar contrario a lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores la definición que hace de la insuficiencia presupuestaria que determina la existencia de causas económicas justificativas de despido colectivo cuando la empresa es una entidad (pública o privada) de las contempladas en el artículo 3.2 de la Ley de Contratos del Estado (administración del Estado y de las comunidades autónomas, entidades que integran la administración local, entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, organismos autónomos, universidades públicas, diputaciones forales y juntas generales del País Vasco, y diversas entidades de derecho público). ….. El artículo 35.3 del Reglamento introduce dos criterios para determinar si hay insuficiencia presupuestaria: el déficit presupuestario de la Administración Pública de referencia en el ejercicio anterior, y la minoración de créditos en un 5% en el ejercicio corriente o en un 7% en los dos ejercicios anteriores. Para el Supremo, seguramente ambos criterios pueden reflejar situaciones de insuficiencia presupuestaria; es decir, situaciones en que la empresa no dispone de una previsión de ingresos suficiente para hacer frente a los

servicios públicos que tiene encomendados. …. Ahora bien, recuerda la sentencia, "lo que la norma legal de referencia -esto es, la actual disposición final 20ª del Estatuto de los Trabajadores- configura como causa justificativa del despido colectiva no es la mera insuficiencia presupuestaria, sino la 'insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente'". …. Para el Supremo, "esta importante adjetivación está literalmente ausente en el art. 35.3 del Reglamento y, sobre todo, este precepto reglamentario no responde a la exigencia legal de que la insuficiencia presupuestaria sea persistente: el simple déficit presupuestario de la Administración Pública de referencia en el ejercicio anterior no implica forzosamente tal persistencia; y en cuanto a la minoración de créditos, aun cuando pueda a veces ser indicio de dicha situación, no conduce ineluctablemente a ella"….. "Más aún –añade la sentencia--, este criterio reglamentario supone una desviación del criterio legal, consistente en un dato material o sustantivo -como es la imposibilidad de financiar los servicios públicos encomendados- sustituyéndolo por un dato puramente formal"….".

2. Los efectos de esta importante sentencia del TS (C-A) serán sin duda relevantes en los procedimientos de despidos colectivos que se lleven a cabo en el sector público, y cuya doctrina sin duda impactará sobre las decisiones que deba adoptar la Sala de lo Social del TS en asuntos de los que aún deba conocer en trámite de recurso de casación. Repárese en la importancia que tienen los despidos colectivos en el sector público tras la reforma laboral de 2012 y los asuntos de indudable importancia jurídica, social y mediática, de los que han debido conocer los tribunales, siendo especialmente significativos los despidos llevados a cabo en las Administraciones Públicas, en especial las locales, y en los medios de comunicación públicos. Por poner nombres y apellidos a los casos, recordemos los despidos en los ayuntamientos andaluces de Jerez de la Frontera y Estepona, y los producidos en las televisiones de las Comunidades Autónomas madrileña y valenciana.

La sentencia da respuesta al recurso contencioso-administrativo interpuesto por CC OO y UGT contra diversos preceptos del RD 1483/2012. Más exactamente, y tal como puede leerse en el antecedente de hecho tercero, la demanda (de fecha 19 de septiembre de 2013) pedía que se elevara al TC cuestión de inconstitucionalidad por vulnerar la norma varios preceptos de la CE, de la Ley 3/2012 de 6 de julio, y del RDL 11/2013 de 3 de agosto, y si el TC declaraba la inconstitucionalidad de los preceptos presuntamente vulnerados del RDL 11/2013 que se declarara entonces por el TS la nulidad por infracción de normas constitucionales de varios preceptos del RD 1483/2012. Por fin, la demanda solicitaba que "en todo caso, se dicte sentencia por la que se declare la nulidad por infracción de legalidad ordinaria de los artículos 35.3 y disposición final segunda, apartado uno, del Reglamento aprobado por el Real Decreto 1483/2012…". En los antecedentes de hecho queda también constancia del señalamiento para votación y fallo de la sentencia el día 8 de julio de 2014, que quedó sin efecto hasta que el TC se pronunciara sobre "los recursos de inconstitucionalidad pendientes contra la Ley 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral". Tras la sentencia del TC núm. 8/2015 de 22 de enero se levantó la suspensión y se dio traslado a la partes para que formularan las alegaciones que consideraran pertinentes, fijándose nueva fecha de votación y fallo de la sentencia el día 12 de mayo.

Antes de llegar al núcleo duro de la sentencia, recogido en el fundamento jurídico cuarto, el TS constata que la sentencia del TC deja carente de contenido el recurso respecto a algunos preceptos de los que se alegaba tacha de inconstitucionalidad, pero no de todos los cuestionados, y que tampoco afecta lógicamente "a los reproches de legalidad ordinaria formulados por las demandantes contra el Reglamento impugnado". Respecto a los preceptos no cuestionados por el TC, se trata de la nueva regulación de las comisiones negociadoras a partir del RDL 11/2013, así como a la documentación a aportar por la empresa en el procedimiento de despido colectivo, y más exactamente de la vulneración del derecho de libertad sindical y del derecho a la igualdad ante la ley (comisiones posiblemente "dessindicalizadas" y menores requisitos para las empresas que presenten un PDC cuando la sociedad dominante no tenga su domicilio en España"). Las citadas alegaciones son desestimadas por razones estrictamente formales, y sin entrar en el fondo de cada asunto, por el TS, en cuanto que se trata de preceptos cuya redacción impugnada les ha

sido dada por el RDL 11/2013, por lo que se trata "de unos preceptos posteriores a la fecha de interposición del recurso contencioso-administrativo – que tuvo entrada en la Sala el 27 de diciembre de 2012 – y, por consiguiente, distinto de los originariamente impugnados", y dado que la demanda "versa en este punto sobre algo que no es objeto del proceso…", la Sala concluye que "no puede abordar su examen".

Como ya he indicado, es en los fundamentos de derecho cuarto y quinto cuando el TS aborda las cuestiones "de legalidad ordinaria". Alterando el orden de la respuesta dada por el alto tribunal, abordaré la cuestión a mi entender más relevante, y creo que de todos quienes han entrado ya en el estudio y comentario de la sentencia, objeto de análisis en el fundamento de derecho quinto, esto es el art. 35.3 del RD 1483/2012. Dicho precepto está incluido en el capítulo II ("Procedimiento de despido colectivo aplicable en las Administraciones Públicas a que se refiere el párrafo segundo de la disposición adicional vigésima del Estatuto de los Trabajadores") y regula, como bien indica la sentencia, "las especialidades que las causas (técnicas y económicas) justificativas del despido colectivo presentan cuando la empresa es una entidad (pública o privada) de las contempladas en el art. 3.2 de la Ley de Contratos del Sector Público". La sentencia reproduce a continuación el contenido de la disposición adicional vigésima de la Ley del Estatuto de los trabajadores en la redacción dada por la disposición final 19ª de la Ley 3/2012, y su concreción en el art. 35.3 del RD 1483/2012, norma esta última que los recurrentes tachan de ultra vires por entender que en su redacción y concreción de las causas "se excede de lo previsto en la norma legal desarrollada".

Ya sabemos que el TS estimará el recurso, pero antes de continuar con la argumentación del alto tribunal conviene prestar atención a las dudas que la Sala de lo Social del TS, de algún TSJ y de la doctrina tanto laboralista como administrativista, así como obviamente de los agentes sociales que presentaron el recurso, ya habían manifestado en parecidos términos a los que ahora se pronunciará el TS.

En mi comentarioal RDL 3/2012 efectué una muy breve referencia a la nueva disposición adicional vigésima de la LET, para destacar su importancia, en los siguientes términos "Y digo que hay modificaciones de alcance porque la disposición adicional segunda es otra de las "joyas de la corona" de la reforma, aunque esta joya, a diferencia de otras, se haya mantenido oculta por el gobierno hasta que se ha podido leer en el BOE…; se regula la "aplicación del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el Sector Público", en términos que muy probablemente harán inviables que se vuelvan a dictar sentencias como las conocidas en los últimos meses contra la política de despidos de entidades públicas de la Generalitat de Cataluña si la parte empresarial hace bien sus deberes y justifica los motivos que permiten la extinción…". En uncomentario posterior, al RD 1483/2012, efectué las siguientes consideraciones: "El nuevo, e importante, título III regula las normas específicas de los procedimientos de despido colectivo "del personal laboral al servicio de los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público", no contemplado… en el primer borrador de la norma (de 22 de mayo) y apareciendo en el segundo, de 27 de julio. Podemos leer en la Memoria del análisis del impacto normativo que "este proyecto incorpora, por otra parte, normas procedimentales específicas para la regulación de los procedimientos de despido colectivo en el sector público, especialmente en aquellos que afectan a las Administraciones Públicas propiamente dichas, dadas sus características particulares, así como el objetivo de persecución del interés general que debe primar su actuación". Por cierto, hay dos pistas que me llevan a pensar que la regulación no se ha hecho de forma precisamente muy coordinada entre el MEySS y el Ministerio responsable de AA PP (MINHAP): un primer detalle es que en dicha Memoria se indica que el título competencial es el art. 149.1.7 de la Constitución, mientras que en el texto definitivo sí se incluye la referencia obligada al artículo 149.1.18; el segundo, es la no adecuación de la introducción de la norma con el texto articulado ya que en el primero se puede leer lo siguiente: "La norma se estructura en tres títulos, el primero referido a los procedimientos de despido colectivo y suspensión de contratos y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, y el segundo, el que regula estos mismos procedimientos cuando derivan de fuerza mayor" ¿Y el tercero? Pues no hay ninguna mención al mismo hasta llegar a su

explicación específica. En fin, otro dato que avala que la decisión de regular reglamentariamente el ERE extintivo en las AA PP se adoptó bastante avanzada la tramitación parlamentaria del proyecto de ley de reforma laboral puede comprobarse en el escrito remitido a los agentes sociales junto con el segundo borrador, en el que se ruega que las observaciones que pudieran formularse "se centren en el Título III del Reglamento que contempla la regulación del procedimiento de despido colectivo en las Administraciones Públicas".

… Las causas económicas, aquellas en las que puede operarse una diferencia realmente importante con el sector privado, se darán cuando haya una insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para financiar los servicios públicos, que deberá darse durante tres trimestres consecutivos. Su concreción pone de manifiesto el interés del gobierno de regular con todo detalle y atención esta causa de despido y evitar conflictividad judicial, habiéndose alterado radicalmente la redacción de las causas económicas del primer borrador con respecto al texto aprobado. En la versión final, es necesario en primer lugar que la Administración en la que se integre el departamento, órgano, ente, organismo o entidad, haya tenido una situación económica de déficit presupuestario en el ejercicio anterior, y 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". Por si hubiera alguna duda de que el ejecutivo quiere hacer muy bien su trabajo e intentar dejar poco margen a interpretaciones distintas, y respondiendo a algunas críticas jurídicas que la dicción de la disposición final segunda del RDL 3/2012 y de la Ley 3/2012 habían levantado, la norma dispone que a los efectos de la insuficiencia presupuestaria "se tendrán en cuenta tanto las minoraciones efectuadas en el Presupuesto inicial como, respecto del ejercicio en curso, las realizadas en fase de ejecución presupuestaria". … Por consiguiente, quien tiene la palabra para determinar si va a haber despidos es el poder político en el ámbito correspondiente, si bien una decisión del poder público estatal, por ejemplo, puede implicar una regulación importante en ámbitos autonómicos, y una decisión de estos puede tenerla en los ámbitos locales.

4. Desde la Confederación Sindical de Comisiones Obreras se vertieron duras críticas jurídicas sobre la nueva regulación de los despidos colectivos en el sector público en un informe elaborado sobre el RD 1483/2012, siendo gran parte de ellas incorporadas al recurso contencioso-administrativo interpuesto ante el TS. Remito a la lectura detallada de ese informe, elaborado por Francisco José Gualda, y destaco ahora en esta entrada únicamente los aspectos más importantes a los efectos de mi exposición: en primer lugar, y con carácter general, que el Reglamento "plantea enormes dudas interpretativas sobre su mero significado racional, y sobre todo, genera un riesgo de ultra vires al abordar la configuración de la causa económica que… una interpretación literalista del mismo conduce a desnaturalizarla y no permite considerarla como justa causa para el despido, lo que tendría que ser clarificado por la jurisdicción social y en último término, por el Tribunal Supremo".

Por otra parte "… En la Ley no se cuantifica dicha insuficiencia (presupuestaria), ni si opera a partir de determinado nivel, ni tampoco que conexión hay entre dicha insuficiencia y el número y la identificación de los puestos amortizados y los trabajadores despedidos. Tampoco la insuficiencia se cualifica de forma expresa por los efectos que pueda tener para el funcionamiento de la entidad, para la capacidad de asumir sus obligaciones de pago, o para el mantenimiento de servicios públicos esenciales.

Sin embargo, prescindir de tales elementos sobre la repercusión de la situación económica sobre la entidad supondría eliminar la configuración causal del cese, y plantea objeciones manifiestas de constitucionalidad. Sobre esta base, no es posible aceptar que la mera insuficiencia presupuestaria, sobre todo a partir de la regulación que hace el Reglamento de esta materia, que la identifica como más que al déficit público y a la reducción de los créditos presupuestarios en cuantía del 5%, pueda configurarse como causa del despido, obviando su repercusión sobre los efectos que pueda tener en el funcionamiento de la entidad, su capacidad de pago y el mantenimiento de los servicios esenciales.

…. Otro problema vinculado a la reducción de las partidas presupuestarias es la identificación de las mismas. Según el Reglamento, se refiere a la reducción del conjunto de las partidas, créditos o aportaciones, y no se establece ninguna correspondencia entre esa reducción y el ámbito en el que opera la extinción de los contratos. Ni siquiera se refiere a las partidas de gastos de personal, por lo que una política presupuestaria de eliminación de gastos superfluos como recepciones, de material de oficina, coches oficiales, o de reducción de inversiones, genere, nada menos, que la viabilidad al despido colectivo del personal, incluso sin reducir las partidas de gasto de personal. Supone una incongruencia completa rayana en el absurdo: si la ley de presupuestos ha dotado la partida de personal, y no la ha minorado, es descartable que la reducción de otras partidas justifique los despidos. Más bien ello lo que evidencia es el propósito del legislador de que el recorte no se lleve entre el personal, por lo que los ceses serían contrarios a la propia legislación presupuestaria. En definitiva, sólo es entendible este requisito si la reducción de las partidas presupuestarias se refiere, precisamente, a los gastos de personal, pero no a otras.

… La consideración de que el mero déficit seguido de reducción de las partidas presupuestarias integran la causa de despido es inviable. Supone desnaturalizar por completo la causa extintiva. Recordemos que el riesgo de que el Reglamento hubiera incurrido en ultra vires respecto de lo establecido en la Ley es susceptible de control por la jurisdicción ordinaria. Es posible llevar a cabo la interpretación integradora que

proponemos, a fin de reconducir la insuficiencia presupuestaria a los supuestos en los que la Ley Orgánica 2/2012 ha diseñados los mecanismos preventivos y correctivos.

…. Por otra parte, destacamos un aspecto que es común al régimen del despido colectivo, pero que igualmente está presente en el despido de las Administraciones Publicas. La insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente no deja de ser una causa para el despido, y por tanto, cuando el Reglamento ha pretendido acotar ese concepto hay que partir, en primer lugar, que no puede llegar al extremo de desvirtuar el mandato legal, para recoger una situación que, como tal, no es justificativa del cese por no ofrecer la necesaria racionalidad y adecuación de la medida. De esta forma, incluso en los casos en que concurra el déficit y la reducción de partidas presupuestarias en los términos expresados por el Reglamento, no por ello se ha de concluir que concurre causa justa para el despido en todos los casos. Siempre es exigible el elemento causal, que impone la razonabilidad y adecuación de los ceses".

5. La doctrina laboralista y administrativista ya habían alertado en su momento sobre el posible carácter ultra vires del art. 35.3.

Para el profesor Xavier Boltaina, en su artículo "Despido, suspensión de contrato y reducción de jornada del personal laboral de las entidades locales. La reforma laboral de 2012 y su aplicación en el sector público local", dicho precepto tenía un lado positivo y otro negativo: "En el primer caso, la seguridad jurídica que otorga al concepto indeterminado que implica la expresión "insuficiencia presupuestaria". Es evidente que con la sola dicción de la ley laboral, el debate estaba servido", mientras que la parte negativa era que "…muy posiblemente es una concreción ultra vires y por tanto, muy cuestionable por parte de la jurisdicción social, que podrá no tomarla en cuenta a la hora de aplicarla, por lo que deberemos estar muy atentos a la evolución judicial y jurisprudencial al respecto".

Las mismas dudas manifestaba el Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad deGranada, Federico A. Castillo, en su artículo "¿Un nuevo episodio de desajuste entre el derecho administrativo y el derecho laboral?: una reflexión a propósito de las medidas adoptadas en la reforma laboral".

6. No menos importante, ni mucho menos obviamente, han sido las dudas manifestadas por el TS, y los TSJ al ir sentando jurisprudencia y doctrina sobre lo despidos colectivos tras la reforma laboral. He revisado mis comentarios a sus sentencias y he encontrado dos de ellas que me parece importante recordar ahora, siquiera sea con obligada brevedad:

A) En primer lugar, la dictada por el TS el 23 de mayo de 2014, en el caso de la Diputaciónde Ourense.

B) En segundo término, me refiero a la sentencia del TSJ de Castilla y León de 28 demayo de 2014 (Caso Servicio Público de Empleo de Castilla y León).

"… Es tratada de manera muy amplia, y con una cuidada argumentación jurídica, la existencia o no de las causas alegadas, quedando probada la existencia de una insuficiencia presupuestaria sobrevenida, las perdidas en el sector público autonómico,

y la disminución de los créditos presupuestarios del organismo por encima del 5 % con respecto a los del año anterior (cobran importancia los certificados de las autoridades administrativas). Ahora bien, la sentencia aporta otras muchas reflexiones interesantes sobre la problemática de los ERES en el ámbito público que no había visto ahora recogidas en sede judicial y de las que me interesa dejar constancia, porque se volverán a plantear sin duda en otros litigios… aun cuando la Sala sólo los deje planteados por considerar que tal problemática no afecta al litigio enjuiciado.

Por ejemplo, la crítica a la regulación de la insuficiencia presupuestaria sobrevenida cuando ocurra en tres trimestres, "que resulta cuando menos chocante cuando los presupuestos por ley son anuales, de manera que los créditos autorizados por la misma se refieren a todo un año natural y no a concretos trimestres".

Por otra parte, y en un obiter dicta de indudable importancia, el posible carácter ultra vires de la regulación de los requisitos introducidos en el RD 1483/2012 para proceder al despido colectivo en el sector público y que no se encuentran recogidos de forma expresa en la LET, con el añadido de serios problemas interpretativos "por ejemplo en cuanto al ámbito en que ha de tomarse en consideración a efectos presupuestarios, con exclusión del concepto de grupo de empresas e incluso haciendo abstracción de la personalidad jurídica única de la Administración general; o en cuanto a la falta de consideración de la evolución histórica de los ingresos para atender únicamente a las decisiones políticas de atribución de créditos limitativos para el gasto público adoptadas por el autor de los presupuestos; o en cuanto a la naturaleza especial de la norma presupuestaria anual y la posibilidad de alzar la misma en obstáculo para el cumplimiento de los contratos suscritos previamente por las Administraciones".

La Sala pone el acento en diferenciar, en materia de presupuestos, entre la insuficiencia presupuestaria de la Administración en general, y en este punto la modificación introducida por la reforma laboral de 2012 y su desarrollo reglamentario es muy importante para alterar el marco jurídico anterior, y la posibilidad aún existente de disposición de ingresos "afectados o finalistas", como es el caso de las partidas presupuestarias destinadas desde 2008 a la contratación, o mantenimiento, de los orientados de empleo por los servicios públicos autonómicos de empleo, en cuyo caso la insuficiencia presupuestaria predicada en la LET y en el RD 1483/2012 como causa económica suficiente para la extinción de los contratos "solamente podrá justificar los despidos de aquellos trabajadores directamente vinculados a dicho gasto financiado total o sustancialmente con ingresos afectados", ingresos finalistas tal como queda debidamente acreditado por la normativa laboral de aplicación en relación con el art. 86 de la Ley general presupuestaria. La Sala entiende además, no sólo que se trata de una insuficiencia presupuestaria sino que es sobrevenida y persistente por tratarse de una decisión política plasmada en la normativa presupuestaria, la supresión de la partida económica dedicada a la financiación de las partidas económicas para orientadores de empleo; es decir, "es sobrevenida porque obedece a una decisión del Estado que ha venido manteniendo la financiación de esos puestos de trabajo durante años y en el año 2012 decide que, para el ejercicio siguiente, la misma ya no seguirá manteniéndose y es persistente porque es definitiva y los presupuestos tienen un carácter anual…".

8. Una vez explicadas las críticas de los agentes sociales, la doctrina laboralista y administrativista, y del TS y del TSJ de Castilla y León, podemos ya volver a la sentencia del TS de 19 de mayo, que dedica 23 líneas del fundamento jurídico quinto a dar la razón a los demandante sobre el carácter ultravires de la regulación del art. 35.3 del RDL 1483/2012.

El TS constata que el citado precepto reglamentario introduce "dos criterios bastante precisos para determinar si hay insuficiencias presupuestaria", y afirma, a modo de reflexión general, que ciertamente tales criterios "pueden reflejar situaciones de insuficiencia presupuestaria", entendiendo por tales aquellas en que la empresa "no dispone de una previsión de ingresos suficiente para hacer frente a los servicios públicos que tiene encomendados". Pero inmediatamente a continuación señala, con acierto a mi entender, que aquello que dispone la disposición adicional vigésima de la LET (por error se dice disposición final) es que la insuficiencia presupuestaria no sólo ha de existir sino que también ha de reunir las dos características de "sobrevenida y persistente".

Con claridad y contundencia jurídica, que demuestra que en una corta y breve argumentación se puede responder bien a un problema jurídico planteado, y en la misma línea que algunas de las críticas recogidas en mi explicación anterior al art. 35.3, la Sala pone de manifiesto que esas dos notas, que califica de "adjetivación" de la expresión "insuficiencia presupuestaria", "está literalmente ausente en el art. 35.3…", poniendo el acento en la inexistencia de la nota de persistencia de tal insuficiencia, algo que deberá tomar en consideración tanto la Sala de lo Social del TS como la AN y los TSJ cuando aborden nuevos conflictos derivados de despidos colectivos en el sector público, en cuanto que el simple déficit presupuestario de la Administración Pública de referencia en el ejercicio anterior "no implica forzosamente tal persistencia", y sobre la minoración de créditos argumenta que "aun cuando pueda a veces ser indicio de dicha situación, no conduce ineluctablemente a ella".

Pero sin duda, el eje central de la sentencia es la última afirmación, que debería obligar a todas las Administraciones Públicas a ser extremadamente cuidadosas en el momento de plantear reducción de personal, ya que el criterio fijado en el art. 35.3 del RD 1483/2012 supone para el TS "una desviación del criterio legal, consistente en un dato material o sustantivo -como es la imposibilidad de financiar los servicios públicos encomendados- sustituyéndolo por un dato puramente formal". En suma, el TS declara la nulidad del art. 35.3 del Reglamento en el apartado relativo a la concreción de qué debe entenderse por insuficiencia presupuestaria, estos es "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 de 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. A estos efectos, se tendrán en cuenta tanto las minoraciones efectuadas en el Presupuesto inicial como, respecto del ejercicio en curso, las realizadas en fase de ejecución presupuestaria."

9. Por último, dejo constancia de otra estimación parcial del recurso presentado por las Confederaciones Sindicales de CC OO y UGT, siquiera sea de mucha menor importancia que la anterior, en cuanto que el TS declara la nulidad del apartado primero de la disposición final segunda del RD 1483/2012, cuya no conformidad a derecho se alegó por los recurrentes por vulneración del art. 51.2 de la LET y la disposición adicional sexagésima tercera de la Ley general de Seguridad Social ("Acreditación de situaciones legales de desempleo que provengan de despido colectivo, o suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor"); la alegada vulneración se sustentó en que las normas presuntamente vulneradas prevén que la comunicación de las medidas de despido colectivo a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo se lleve a cabo por la autoridad laboral, mientras que tal obligación se impone a la empresa en el tantas veces citado RD. ("Uno. El artículo 22 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, queda redactado como sigue: «Artículo 22. Normas específicas de tramitación de la prestación por desempleo aplicables a los procedimientos de despido colectivo, de suspensión de contratos de trabajo y de reducción de jornada. 1. La empresa deberá comunicar a la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo, a través de los medios electrónicos establecidos en las disposiciones de aplicación y desarrollo, y con carácter previo a su efectividad, las medidas de despido colectivo adoptadas conforme al artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, así como las medidas de suspensión de contratos o de reducción de jornada adoptadas de acuerdo con el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores").

La existencia de dicha discrepancia no admite ninguna duda, y es también reconocida por la abogacía del Estado en la impugnación del recurso, defendiendo su legalidad por la necesidad de adaptación del

trámite de comunicación a la nueva regulación del despido colectivo recogida en la reforma laboral de 2012, y poniendo de manifiesto además que el citado desarrollo reglamentario "en nada perjudica los intereses de los trabajadores".

Tal argumentación no convence al TS, que en su tarea de defensa de la legalidad entiende con corrección jurídica que cuando existe discrepancia entre la ley y el reglamento de desarrollo la consecuencia será la nulidad del precepto reglamentario que contravenga lo dispuesto en la Ley. A mayor abundamiento, el TS rechaza la tesis de la abogacía del Estado de tratarse de una norma meramente de adaptación, ya que esta tesis "no casa bien con el uso que… se ha hecho de la figura del decreto-ley para introducir modificaciones en disposiciones reglamentarias: con más razón habría podido hacerse, habiendo razones de urgencia, para adaptar una determinada norma legal a la nueva regulación del procedimiento de despido colectivo".

Obiter dicta, la Sala quiere dejar bien claro, "a fin de evitar posible malentendidos", que no considera que la imposición a la empresa de un deber de comunicación de las medidas de despido colectivo a la entidad gestora de las prestaciones de desempleo "sea, por sí solo, ilegal", sino que simplemente se ha de pronunciar sobre el recurso presentado, y a tal efecto, sí concluye que es contrario al art. 51.2 de la LET y a la disposición adicional sexagésima tercera de la LGSS "la supresión del deber de comunicación a la entidad gestora que, mientras las mencionadas normas legales no sean modificadas, pesa sobre la autoridad laboral".

10. Concluyo este comentario. Buena lectura de la sentencia, muy en especial por quienes tienen tareas de responsabilidad en las áreas, unidades o departamento de personal o recursos humanos en las Administraciones Públicas… y correcta aplicación.

### *2.2.13. Despidos colectivos. Sucesión de empresas. Normativas convencionales no aplicables a las Administraciones Públicas por no poder estar incluidas estas en su ámbito de aplicación. Nota a la sentencia del TS de 21 de abril.*

1. Es objeto de anotación la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo el21 de abril, de la que fue ponente el magistrado Luís Fernando de Castro, que desestima los dos recursos de casación interpuestos por la parte empresarial y la parte trabajadora contra lasentencia dictada por la Sala de lo Social del TribunalSuperior de Justicia de Madrid el 4 de octubre de 2013, que declaró la nulidad de la decisión empresarial de proceder al despido de diez trabajadores, y absolvió a la Intervención general del Estado y a la empresa codemandada.

El resumen oficial de la sentencia de instancia es el siguiente: "Despido: Colectivo. Requisitos procedimentales. Nulidad. Inexistencia de período de consultas con los representantes legales de los trabajadores, ni obviamente ha existido negociación alguna. Sucesión de empresas: Requisitos. Inexistencia. Se entiende que lo se ha producido es la conclusión de una concesión administrativa de explotación de los servicios de cafetería y restaurante, con cese total de la actividad, lo que conlleva que la prestación de servicios ya no exista, sin que de ello se pueda derivar la existencia de una sucesión de empresas". Por otra parte, el resumen oficial de la sentencia del TS es el siguiente: "Despido colectivo. Extinción de contrata de servicios de cafetería. Es nula la decisión de dar de baja a los trabajadores al extinguirse la contrata en la IGAE, si en el convenio colectivo aplicable está prevista la subrogación por parte de la nueva contratista, si la administración no se hizo cargo de los servicios y si dos meses y medio después todavía no se habían adjudicado a nueva empresa". Consta en el antecedente de hecho sexto que el Ministerio fiscal emitió su preceptivo informe en el sentido de "considerar procedente el recurso".

2. El procedimiento de despido colectivo se instó por la empresa Peolsa Colectividades SL, por finalización el 9 de julio de 2013 del contrato que tenían de adjudicación de los servicios de cafetería de la Intervención General del Estado (IGAE), cuya explotación se realizaba desde 2005, resultando que cuando los trabajadores acudieron a su centro de trabajo el día 10 lo encontraron cerrado y con una nota en la que se indicada que el mismo estaría cerrado hasta el 1 de septiembre. Por otra parte, la empresa demandada aplicó el art. 43 del convenio colectivo del sector de hostelería y actividades

turísticas, en relación con el art. 44 de la Ley del estatuto de los trabajadores, y comunicó a los trabajadores en fecha de 9 de julio que una vez finalizado el contrato pasarían a formar parte de la nueva adjudicataria "o en su defecto de la Administración pertinente..". Según consta en los hechos probados de la sentencia de instancia la adjudicación del servicio de cafetería se adjudicó de forma provisional a una empresa, si bien la misma no había iniciado la prestación del servicio a fecha 16 de septiembre, día en que la Junta de Contratación comunicó que ""en el día de la fecha, este órgano de contratación está a la espera de la presentación de la documentación solicitada sin que se haya procedido a adoptar el acuerdo de adjudicación, a la empresa la Taberna del Alabardero".

3. El recurso de casación interpuesto por la parte trabajadora alega vulneración del art. 207 e) de la Ley reguladora de la jurisdicción social. La infracción de la normativa se concreta en el art. 59 del IV acuerdo laboral para el sector de hostelería, art. 43 del convenio colectivo citado con anterioridad, y el art. 44 de la LET que regula la sucesión de empresa. La petición se concreta en que "se condene al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas de forma solidaria o subsidiaria al cumplimiento del fallo de la sentencia". La misma alegación se efectúa por la empresa, que añade la del art. 51 de la LET, y además presenta otro motivo de recurso, consistente en la solicitud de revisión de hechos probados de instancia al amparo del art. 207 d) de la LRJS.

Recordemos, en aquello que interesa ahora destacar, que el art. 59 del IV acuerdo laboral, suscrito el 27 de julio de 2010, regula el "Objeto y supuestos de la sucesión o sustitución empresarial", y dispone que "Lo dispuesto en el presente capítulo, será de aplicación en todos los supuestos de sucesión o sustitución de empresas, en los que no exista transmisión patrimonial, como consecuencia del cambio de titularidad de una empresa, centro de trabajo, de una unidad productiva autónoma, de una unidad de explotación, comercialización o producción de las actividades de colectividades, o partes de las mismas en virtud entre otros supuestos de: …. b) Sucesión de contratas, Concesión de la explotación de servicios y Concesiones Administrativas. En los supuestos de sucesión por concesiones Administrativas operará el presente capítulo con independencia de lo contemplado en el pliego de condiciones". Por su parte, el art. 43 del convenio colectivo se remite expresamente a lo dispuesto en el acuerdo estatal.

En primer lugar, la revisión de los hechos probados solicitada por la empresa es desestimada por el TS, por no aportar ningún dato ni redacción alternativa del texto de la sentencia de instancia que permitiesen argumentar "-siquiera infructuosamente, como veremos- respecto de la existencia de infraestructura u organización empresarial básica para la explotación, a los efectos de aplicar el art. 44 ET -objeto final de la revisión propuesta- y la jurisprudencia interpretativa, por configurarse la cafetería de autos como unidad productiva con autonomía funcional que consintiese la operatividad de aquel precepto, en los términos impuestos por la Directiva 2001/23/CE [12/Marzo]".

La sentencia entra a continuación en el estudio de la argumentación de fondo de los recursos para igualmente proceder a su desestimación, con estudio previo de la jurisprudencia comunitaria y del propio TS sobre la directiva relativa a la transmisión de empresas (actualmente la nº 2001/23, de 12 de marzo), recordando que el hecho de que el cesionario de la actividad sea un organismo de derecho público "no permite excluir la existencia de una transmisión comprendida en el ámbito de aplicación de dicha directiva", que "la circunstancia de que la transmisión se deriva de decisiones unilaterales de los poderes públicos y no de un acuerdo de voluntades no excluye la aplicación de la Directiva". En su estudio de la normativa y jurisprudencia aplicable al caso concreto, antes de proceder a su resolución, la Sala recuerda que el art. 44 de la LET no incluye a los efectos de su aplicación ni a las contratas ni la concesión administrativa, en cuanto que "no son unidades productivas autónomas … salvo que se entreguen al concesionario o contratista la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación", recordando que en su jurisprudencia ha defendido que la sucesión no se produce por la vía del art. 44, obviamente si no se transmite la unidad productiva, "sino tan sólo si lo determina la norma sectorial o lo prescribe el pliego de condiciones de la concesión…".

La aplicación de esta doctrina, una vez inalterados los hechos declarados probados, lleva a la desestimación de ambos recursos, en cuanto que no quedó acreditado que se hubiera transmitido una unidad productiva, definida por la sala en numerosas sentencias como "la idoneidad de un conjunto de

elementos patrimoniales pertenecientes a un empresario para ser susceptibles de una explotación económica independiente, capaz de ofrecer bienes y servicios al mercado". Por otra parte, difícilmente puede haberse producido la sucesión empresarial si queda acreditado como así ocurrió, en la fecha de formalización de los escritos de recursos de casación, que aún no se había reanudado la actividad de cafetería en la IGAE.

4. Si no puede aplicarse el art. 44 para entender existente la sucesión de empresa, por no darse los requisitos legales para ello de acuerdo a la jurisprudencia del TJUE y del TS, hay que acudir, y así lo hace correctamente la Sala, al marco convencional, al acuerdo del sector y al convenio colectivo que se remite íntegramente a aquél (como bien indica la sentencia "Ambos preceptos son literalmente coincidentes [el Convenio reproduce el Acuerdo], y en los que se incluye la obligación de sucesión "cuando la decisión se adopte por imposición de terceros, o una norma. Todo ello, sin necesidad de que exista transmisión patrimonial de activos materiales".

Y en este punto cobra especial relevancia no el texto de los artículos citados sino más exactamente el ámbito de aplicación de los convenios, en cuanto que su eficacia personal debe dirigirse, ex art. 82.3 de la LET, a los sujetos (empresas y trabajadores) incluidos en su ámbito de aplicación, que como regla general no permite dicha aplicación obligatoria a sujetos que no estuvieran incluidos en dicho ámbito, y es claro que en los textos suscritos y cuya validez se defiende por las partes recurrentes, están ausentes de representación las Administraciones Públicas, "que obviamente no pueden quedar vinculadas por los pactos y acuerdos a que aquellas partes hubieran llegado" (me pregunto, pero sólo lo dejo apuntado, cuál es el control de legalidad que efectuó la Administración laboral de este punto, y si formuló – aunque no lo parece – alguna objeción al respecto).

Por otra parte, y en el mismo terreno del cumplimiento de la legalidad, cabe acudir a la Ley decontratos del sector público y a la normativa vigente cuando se adjudicó el contrato en 2005, laLey de contratos de las AdministracionesPúblicas, que prohíben expresamente la consolidación del personal de las empresas que prestaba sus servicios en "el ente, organismo o entidad del sector publico contratante", prohibición expresamente recogida además en el pliego de condiciones que aceptó en su momento la empresa ahora recurrente, y que reproduce la normativa legal aplicable en términos que no deja dudas al respecto, ya que "a la extinción del contrato no procederá en ningún caso la consolidación del personal que la empresa haya destinado a realizar el servicio".

El cumplimiento del marco normativo se impone, como reflexión adicional que efectúa la Sala con confirmación de su doctrina sobre las fuentes de la relación jurídica laboral, por tener prioridad de aplicación, ocupar un escalón superior en la jerarquía normativa, la ley sobre el convenio colectivo, "razón por la cual -se trata de una exigencia lógica- éste debe respetar lo dispuesto con carácter necesario por aquélla, imponiéndolo así los arts. 9.3 CE y el art. 85.1 en relación con el 3.3 ET ( SSTS 09/07/91 -rco 45/91 -; ... 05/03/12 -rco 57/11 -; ... 06/02/14 -rco 261/11 -; 24/02/14 -rco 268/11 -; y 30/04/14 -rcud 2609/12 -)".

La conclusión final de la Sala, de su "propia cosecha" aunque ciertamente con una buena base jurídica en los términos que he explicado en esta entrada, es que los negociadores del acuerdo y del convenio no pretendieron que la sucesión afectara a terceros no incluidos en su ámbito de aplicación, como son las Administraciones Públicas sometidas a su normativa propia respecto a la incorporación de personal a su servicio (art. 23 CE) sino que sólo pretendieron su afectación "a las empresas del sector, aunque en este caso cualquiera que fuera el ámbito – público o privado – en el que la contrata tuviera lugar".

### *2.2.14. ¿Extinción contractual por imperativo legal y no por decisión empresarial? ¿Despidos improcedentes que no computan a efectos del umbral de los despidos colectivos? ¿Inaplicación de la Directiva de 1998 a los despidos en el sector público? Notas a la importante sentencia del TS de 21 de abril (Caso Servicio Andaluz de Empleo).*

1. Es objeto de anotación en esta entrada una importante sentencia dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (reunida en Sala General) el 21 de abril, de la que fue ponente el magistrado Luis Fernando de Castro, a la que he tenido

recientemente acceso, y que suscita a mi parecer muchas preguntas e interrogantes jurídicos aun cuando ha sido dictada por unanimidad y sin votos particulares discrepantes.

El resumen de la sentencia, aún no publicada en el CENDOJ, es el siguiente: "Servicio Andaluz de Empleo. Promotores/asesores de empleo nombrados a virtud de plan extraordinario. Improcedencia del cese por tener cualidad indefinida [inconcreción de la obra o servicio; ejercicio de funciones usuales en la oficina]. Inexistente nulidad, porque no era obligado acudir al procedimiento de despido colectivo, por no tratarse de ceses debidos a «iniciativa del empresario», sino consecuencia de la Ley 35/2010 y del RD-ley 13/2010". Ya adelanto que la sentencia, en los mismos términos que el preceptivo informe del Ministerio Fiscal, desestima el RCUD interpuesto por la parte trabajadora y confirma la sentencia del TSJ de Andalucía (sede Granada) de 22 de enero de2014, que a su vez había confirmado la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Jaén de 27 de mayo de 2013.

2. En los antecedentes de hecho primero y segundo de la sentencia del TS se recogen de forma extensa los hechos probados en la sentencia de instancia. En apretada síntesis cabe señalar que se trata de la vida laboral de una trabajadora contratada por el Servicio Andaluz de Empleo (SAE) desde el 6 de octubre de 2008 mediante contrato para obra o servicio y que fue prorrogado en tres ocasiones. La contratación inicial se realizó al amparo de lo dispuesto en el RDL 2/2008, de 21 de abril, de medidas de impulso a la actividad económica, y las prórrogas encuentran su razón de ser en que el plan extraordinario de medidas de orientación y formación profesional e inserción laboral fue también prorrogado por los RDL 2/2009,de 6 de marzo, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas y 13/2010 de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo. La última norma citada prorrogó el Plan hasta el 31 de diciembre de 2012, fecha en la que finalizó el contrato de la actora y con alegación por parte del SAE de que el cese se producía porque una nueva prórroga de dicho plan, y su correspondiente consignación presupuestaria, no estaba prevista en los Presupuestos Generales del Estado para 2013.

De especial interés para un mejor conocimiento de todos los entresijos de este conflicto son tres datos; en primer lugar, la incorporación de una cláusula adicional en las prórrogas adicionales que condicionaban la duración del contrato a disponer de la financiación estatal; en segundo término, la interposición de una demanda por la ahora en reclamación de su derecho a que se reconociera el carácter indefinido del contrato, desestimada en instancia pero estimada en recurso de suplicación por sentencia del TSJ (sede Granada) de 24 de enero de 2013; en tercer lugar, y de especial trascendencia en el debate sobre si estamos en presencia o no de un despido colectivo, que junto a la actora "han sido cesados 413 trabajadores", que deduzco, pero es sólo una suposición, que eran los contratados al amparo del plan aprobado por el RDL 2/2008.

La sentencia de instancia declaró la improcedencia del despido, y habiéndose debatido si estábamos ante un despido nulo por incumplimiento de los requisitos requeridos para proceder a un despido colectivo, o ante un despido improcedente por incumplimiento de las formalidades legales, concluyó que la solución correcta era la segunda y aceptó la tesis de la parte demandada de inexistencia de nulidad porque la demandante no acreditaba cuántos trabajadores habían visto extinguida su relación laboral ni tampoco cuales habían de ser considerados indefinidos, concluyendo que "hemos de compartir el criterio del SAE, pues la actora no aporta prueba alguna en este sentido, mientras que este cita la STSJ de 11-4-13, que señala que dicha carga probatoria compete a la actora, y la STSJ Granada 16-1-13, y la STJ Málaga de 29-4-13 que niegan el carácter indefinido de los promotores de dichas reclamaciones". Como ya he indicado, el recurso de suplicación interpuesto por la actora fue desestimado (a salvo de una pequeña modificación respecto al período de devengo de los salarios de tramitación). Justamente contra la sentencia del TSJ andaluz se interpuso RCUD, aportando como sentencia de contradicción la dictada por elTSJ de Castilla y León (sedeValladolid) de 27 de mayo de 2013. La lectura de la sentencias del TSJ castellano leonés pone de manifiesto la evidente existencia de la contradicción requerida por la LRJS para que pueda interponerse un RCUD, dado que se trata de supuestos sustancialmente idénticos (cese un trabajador por falta de consignación presupuestaria, y medida que afecta a un importante número de trabajadores) a los que se han aplicado respuestas jurídicas diferentes sobre la calificación del despido (improcedente en la recurrida, nulo en la de

contraste) con aplicación de los mismos preceptos jurídicos, concretamente el art. 1 de la Directiva 98/59/CE de 20 de julio y el art. 51 de la Ley del Estatuto de los trabajadores.

3. La sentencia, muy didáctica en su exposición jurídica, pasa revista en primer lugar al "criterio mantenido hasta la fecha" respecto a la calificación jurídica del contrato formalizado por los orientadores y promotores de empleo con arreglo al RDL 2/2008, que se ha considerado como indefinida ab initio y no temporal por no tratarse propiamente de un contrato temporal en cuanto que en la práctica cotidiana se produjo "una absoluta indiferenciación funcional entre quienes fueron contratados al amparo de la normativa extraordinaria y los trabajadores habituales de cualquier oficina de empleo", y que por tratarse de una contratación indefinida no podía alegarse la extinción del contrato por falta de consignación presupuestaria, declarado por ello la improcedencia de tales extinciones.

Pasa a continuación la Sala (fundamento de derecho segundo 2) a sintetizar la argumentación de la sentencia del TSJ de Castilla y León, es decir la sentencia de contraste, para declarar la nulidad del despido, transcribiendo buena parte de su fundamento jurídico segundo que bebe, a su vez, de la doctrina del TS sentada en la sentencia de 3 de julio de 2012 y que mereció atención detallada en una anterior entrada del blog. De forma algo sorprendente, y lo digo porque justamente a continuación el TS defenderá una tesis contraria, la síntesis se olvida de este importante párrafo final que ahora reproduzco: "En atención al tal doctrina jurisprudencial no cabe más que desestimar el motivo examinado, toda vez, que concurriendo el requisito temporal y numérico precitado no cabe limitar el ámbito de aplicación del procedimiento descrito en el artículo 51 ET a la alegación exclusiva de causas que nuestro ordenamiento denomina objetivas, sino a cualesquiera que resulten ajenas a la persona del trabajador; debiendo computar, en todo caso, la resolución de contratos de duración determinada que se declaren como no ajustadas a derecho, como es el caso que ahora no ocupa; y sin que las Administraciones Públicas sean ajenas a la aplicación de tal doctrina comunitaria al actuar en el mercado como empleadoras sujetas a las reglas generales de la contratación, sin que, en fin el hecho de que laDirectiva 98/59/CE no se aplique a los trabajadores de las administraciones públicas o de las instituciones de derecho público (art. 1.2.b ) impida que la legislación de un Estado miembro extienda la necesidad de tramitar un expediente de regulación de empleo también en estos casos, como ocurre con la citada disposición adicional 20ª ET . En conclusión, el recurso ha de ser desestimado".

3. Pues bien, el número 3 del fundamento de derecho segundo de la sentencia del TS lleva este claro y contundente título "1. Punto de partida: la inaplicabilidad de la Directiva 98/59 al sector público", y por si cupiera alguna duda de la tesis del TS el segundo párrafo es aún más contundente si cabe: en el caso ahora enjuiciado, en el que interviene una administración pública, el art. 1 de la Directiva de 1998 "no ha de jugar papel ninguno –ni siquiera interpretativo–, y que la cuestión ha de tratarse exclusivamente a la luz de las prescripciones estatutarias españolas [se recuerda esta inaplicabilidad en la STS SG 23/09/14 –rco 231/13–, FJ 6.B]; lo que, como veremos, es punto de partida que trasciende a la solución que hayamos de adoptar". En efecto, sí es un punto de partida, pero no creo que de final al conflicto, y que quizás merezca de alguna cuestión prejudicial planteada por algún juzgado o tribunal interesado en conocer, por su trascendencia para la resolución del caso que enjuicie, si la doctrina del TS se adecúa al contenido, espíritu e interpretación de la Directiva.

Mi análisis crítico de este punto de la sentencia me remite a lo ya expuesto al comentar la sentenciade 23 de septiembre de 2014 (Empresa Pedro Laín Entralgo) en estos términos: "La Sala desestimará la pretensión de la recurrente previa argumentación de que la Directiva comunitaria no es de aplicación al caso enjuiciado por establecer su art. 1.2 que no lo es "a los trabajadores de las administraciones públicas o de las instituciones de Derecho público (o las entidades equivalentes en los Estados miembros en que no conozcan esta noción)". Argumentación formalmente correcta pero sorprendente jurídicamente hablando si se repara en que el art. 5 dispone que "La presente Directiva no afectará a la facultad de los Estados miembros de aplicar o de introducir disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores o de permitir o de fomentar la aplicación de disposiciones convencionales más favorables para los trabajadores", que no hay ninguna mención expresa a dicha exclusión en la normativa española, y que incluso la propia Sala reconoce

inmediatamente a continuación que la citada exclusión "no obsta a que se proceda a la aplicación de la regulación sobre la materia contenida en el Derecho interno, incluso tomando al efecto como parámetros interpretativos validos los suministrados por el Derecho Comunitario", en el bien entendido que para la Sala la posible aplicación "es algo diferente", quedándonos con la duda de saber cuál es esa diferencia, que supongo, pero es sólo un suponer, que querrá referirse a la mayor discrecionalidad en la aplicación del precepto y tomando en consideración las especialidades de la normativa interna, pero con sinceridad no alcanzo a ver los términos de esa "diferencia".

Como puede observarse, ahora el TS da un paso adelante (o hacia atrás, según de qué parte y con qué interese se mire) y ya no acepta la aplicación de la normativa europea ni siquiera a efectos interpretativos.

Excluida la aplicación de la directiva europea al sector público, la Sala expone a continuación cuál ha de ser "la concreta proyección del art. 51 ET al sector público", y explica cuáles son las causas extintivas que han de computarse para determinar de forma precisa si se superan o no los umbrales previstos en dicho artículo para afirmar la existencia de un despido colectivo y las subsiguientes obligaciones que derivan de tal circunstancia. Es totalmente correcta, y de acuerdo a la normativa comunitaria y la interpretación que de la Directiva de 1998 han hecho tres recientes sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la afirmación de la inclusión de las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, así como de otras decisiones empresariales por motivos "no inherentes a la persona del trabajador", salvo el vencimiento en forma de los contratos de duración determinada. Menos corrección, o si se quiere decir de otra forma menos relevancia, me parece que tiene la afirmación que a continuación manifiesta la Sala para ir fijando su posición de cara a la resolución del conflicto: "Y es en este punto en el que se observa la trascendencia de que no se aplique la Directiva 98/59/CE y sí exclusivamente el art. 51 ET, habida cuenta de que –como hemos indicado en alguna ocasión– la Directiva «conceptúa un despido como colectivo siempre que se dé el elemento numérico y el temporal, apareciendo el causal mucho más atenuado que en la regulación contenida en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, pues solo exige que se trate de "motivos no inherentes a la persona del trabajador"» [así, la STS 03/07/12 –rcud 1657/11–]".

El debate a mi parecer sigue estando abierto y lo dejo planteado antes de abordar la última parte de la sentencia: un despido improcedente porque el contrato estuvo mal formalizado ab initio, ¿puede encuadrarse dentro de los motivos no inherentes a la persona del trabajador? Y si la respuesta es, como así me lo parece, afirmativa, ¿deberá no incluirse cuando una norma fije un período máximo de duración de un plan de empleo en virtud del cual se formalizaron – insisto, de forma contraria a derecho – tales contratos? Y puestos ya a preguntar, ¿anida en el TS el temor de que las numerosas irregularidades que se cometieron en virtud de las contrataciones efectuadas al amparo del Plan de 2008 pudieran llevar a un incremento de plantillas en las Administraciones Públicas por la vía de declaración de la nulidad de tales despidos y la obligatoriedad, en este caso, de reincorporación de trabajadores cunado han desaparecido las dotaciones presupuestarias que justificaron las contrataciones?

4. Como pueden comprobar, me he adelantado a la argumentación del TS – y conviene señalar nuevamente que es una sentencia unánime, sin votos particulares discrepantes --, que ahora recupero. Una vez enfatizado el carácter mucho más "atenuado· del elemento causal en el art. 1 de la Directiva con respecto al art. 51 de la LET, y yendo por consiguiente a la aplicación del precepto estatutario para resolver el conflicto, la Sala parte de "dos indicaciones normativas", más exactamente la prórroga del plan extraordinario de empleo de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2012 para la contratación de 1.500 orientadores de empleo, y la incorporación de 1.500 promotores de empleo con un período cerrado de entrada en cuanto a su duración, del 1 de febrero de 2011 al 31 de diciembre de 2012.

Y es aquí, a partir de estas "indicaciones normativas", contenidas en los RDL y las leyes citadas en el segundo párrafo del apartado 2 del fundamento de derecho tercero, como la Sala configura una causa de extinción contractual que no deberá incluirse dentro de las que se computarán a efectos de determinar si se supera el umbral fijado por el art. 51 de la LET para tramitar un despido colectivo. Estamos en presencia de extinciones de contratos declarados indefinidos (no fijos) por resolución judicial, y en los que, como en el caso concreto enjuiciado, la causa extintiva alegada es la falta de consignación presupuestaria para continuar con el Plan, y si detuviéramos aquí el caso creo que

estaríamos todos de acuerdo en que nos encontramos ante una extinción "por motivos no inherentes a la persona del trabajador" (contratación no conforme a derecho, improcedencia de la extinción, falta de consignación presupuestaria)….

Pero, he aquí que este no es el parecer de la Sala, que deja de lado todo lo anterior, incluida obviamente la alegación de la administración demandada en punto a justificar la extinción, y afirma con suma contundencia, no de otra forma puede entenderse su afirmación de que "lo cierto y verdad es…", que la extinción del contrato por el SAE no ha sido debida a una iniciativa suya, no ha sido "una iniciativa del empresario" contemplada en el art. 51 de la LET, "sino más propiamente a la exclusiva iniciativa del legislador", y concreta esta importante afirmación – que intuyo, presumo, que puede tener importantes consecuencias mucho más allá del caso concreto – con esta argumentación jurídica: desde el momento en que dos normas fijaron bien una prórroga bien la duración máxima del plan hasta una determinada fecha, el 31 de diciembre de 2012, "está claro", será para el TS añado yo ahora si me permiten esta licencia, "que el cese comunicado en aquella fecha límite a los Asesores/Promotores de Empleo contratados –o prorrogados– a virtud de las referidas normas no obedece a la voluntad de la Administración autonómica contratante, sino a exclusiva decisión legal, que dispuso expresamente la finalización del proyecto extraordinario y que por ello vino a poner término –con la misma fecha– a la prestación de los servicios pactados".

5. Una mayor justificación, en la misma línea, de la tesis anterior, se encuentra en el fundamento jurídico cuarto. El apartado 1 lleva por título "la ley – que no la Administración – como causa de la decisión extintiva". Antes las dudas que puede suscitar la tesis del TS, mejor dicho que suscita, y estoy casi seguro de que en poco tiempo habrá comentarios doctrinales al respecto en las revistas especializadas, este se apresura a decir que la normativa que ha fijado la duración máxima del plan de 2008, y por consiguiente la finalización de las contrataciones efectuadas a su amparo (aunque sean declaradas improcedentes) no ha introducido una nueva causa legal de extinción que añadir a la del art. 49 de la LET "porque tal conclusión en manera alguna puede inferirse de la redacción que aquella ley (35/2010) ofrece…", e incluso va más lejos (no hay duda, o mejor dicho y para ser más prudentes hay pocas dudas a mi parecer de que el TS sabe que se está moviendo en un terreno jurídico extremadamente resbaladizo) al afirmar, con corrección jurídica a mi entender, que si se hubiera creado una nueva causa legal de extinción, si las extinciones contractuales cuestiones fueran consideradas como causa extintiva, "lo que negamos" vuelve a insistir el TS, "por coherencia habríamos de llegar a la conclusión –opuesta a la doctrina hasta la fecha seguida– de que los ceses eran ajustados a Derecho y que ni tan siquiera pudieran declararse improcedentes".

En fin, el TS sigue rizando el rizo de su argumentación al objeto de defender la tesis del no cómputo de estas extinciones para el umbral de los despidos colectivos, y sostiene que tales ceses no se han producido por iniciativa del empresario (en tal caso sí deberían computarse) sino que lo han sido por imperativo legal; o dicho de otra forma, y olvidándonos ahora todos de las alegaciones del SAE para justificar las extinciones, el SAE no incumplió el art. 51 de la LET, no pretendió dice el TS "eludir los trámites y garantías" regulados en dicho precepto legal, sino que muy contrariamente ha de afirmarse que el SAE se limitó – porque estaba obligado – a aplicar la Ley 35/2010".

A estas alturas del comentario de esta sentencia, ya no sé muy bien que es lo que sabía y lo que no el SAE, y si actuó bien o mal jurídicamente hablando, porque por una parte contrató de forma no conforme a derecho, lo dice el TS, pero por otra extinguió correctamente un contrato (indefinido) por imperativo legal, lo dice también el TS. En suma, y esto sí es lo más relevante, el cumplimiento de la normativa, la conociera o no, por parte del SAE al extinguir los contratos lleva a que no se computen dentro del número requerido para la existencia, y tramitación, de un despido colectivo, concluyendo el TS, y supongo que su tesis también dará para muchos comentarios, que en casos como el ahora enjuiciado "no estaríamos en presencia de una singular*causa de extinción* del contrato de trabajo, sino más bien de una peculiar *causa de la decisión extintiva"*.

Lógico era pensar, y efectivamente así ocurre, que la Sala iba a hacer referencia al principio de jerarquía normativa, al obligado respeto al cumplimiento de lo dispuesto en una ley (en este caso la ley núm. 35/2010), aunque no alzando a comprender, más allá insisto del recordatorio del cumplimiento

del principio de jerarquía normativa, la relación entre el caso enjuiciado y los que se traen a colación sobre la aplicación del art. 41 de la LET, regulador de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, aunque sí lo tiene claro, muy claro el TS para que quede bien recogido en la norma que la decisión que ahora se adopta, es decir la atribución de la causalidad de la extinción a la norma y no a la decisión administrativa (del SAE) que la ejecuta, "son plenamente coherentes con anteriores resoluciones de la Sala, en las que a propósito de MSCT impuestas por disposición legal hemos entendido que no procedía aplicar el art. 41 ET, porque «resulta obligado el respeto al principio de jerarquía normativa» y «la medida impuesta … trae causa directa y obligada de una Ley. En consecuencia, se está fuera de la hipótesis del art. 41 ET y, por lo mismo, no precisa de la indicada tramitación procedimental estatutaria".

6. Last but not the least, ultimo pero no menos importante y antes de llegar a la conclusión final de aceptación de la validez jurídica – "material, que no formal", afirma la Sala – de la decisión empresarial para rechazar la pretensión de nulidad de esta, la Sala dedica un apartado, núm. 3, del fundamento jurídico cuarto, a "La escasa operatividad – en el caso—de un posible PDC", que ayuda, y mucho a mi parecer, a entender el resto de la sentencia y en suma la decisión final adoptada por el TS, decisión que vuelvo a insistir es perfectamente extrapolable a otros casos, y hay bastantes, en los que se fija un plazo de finalización de una medida extraordinaria de empleo y al mismo tiempo no se formalizan correctamente los contratos para llevar a cabo la actividad (repasen las sentencias del propio TS y confirmarán esta manifestación).

Si el plan finalizó el 31 de diciembre de 2012, ¿qué sentido podría tener aplicar una normativa como la del art. 51 de la LET, que regula un período de consultas para intentar llegara a acuerdos que eviten o reduzcan los despidos y atenúen sus consecuencias, cuando la norma legal obliga imperativamente a la extinción en una determinada fecha? Es este el argumento que utiliza el TS de forma en principio complementaria de toda su tesis anterior, aunque a mi entender sea probablemente uno de los que más han pesado en su decisión final una vez aceptada de entrada la inaplicación de la Directiva de 1998.

No obstante, y más allá de las contundentes manifestaciones de la Sala sobre la bondad de su tesis, hay dos afirmaciones que suscitan más de una, y más de dos, dudas a mi parecer, sobre tal convicción. Me explico: en primer lugar, su tesis de que al existir una norma que fija un plazo de extinción "no se presentan claros los objetivos –de entre los perseguidos por el procedimiento de despido colectivo– que pudieran habérsele hurtado a unos trabajadores que por disposición legal debieran prestar exclusivos servicios temporales y que sólo por una defectuosa ejecución del plan generatriz llegaron a adquirir –en aplicación de reiterada doctrina jurisprudencial– cualidad indefinida no fija". Seré un poco pesado ciertamente, pero seguimos hablando de trabajadores con contrato indefinido, con independencia de cómo hayan alcanzado esa condición, y de trabajadores que en caso de amortización de sus puestos de trabajo, como ha declarado reiteradamente el TS desde su cambio doctrinal con la sentencia de la UPM, hubieran debido ser incluidos en el cómputo a efectos de un posible despido colectivo. En segundo lugar, que si bien el período de consultas no tiene únicamente por finalidad evitar o reducir despidos, sino también llevar a cabo "acciones de formación o reciclaje profesional", y piénsese en el caso concreto enjuiciado que hablamos de trabajadores que han realizado diversas funciones de promoción y orientación de empleo, y que podrían seguir llevando a cabo con las consiguientes medidas formativas de adaptación y reciclaje, ello es de poca importancia para el TS a los efectos de alterar su decisión, o por decirlo con las propias palabras de la Sala, esta posibilidad formativa prevista para llegar a un acuerdo en el período de consultas, "se presenta como muy limitado argumento para justificar la afirmación de que el referido procedimiento debe considerarse obligatorio aún en las circunstancias descritas".

7. Concluyo aquí el comentario de la sentencia. Por tratar de decirlo con el mismo tono didáctico de la misma, yo sí tengo dudas de la bondad de la tesis defendida por el TS. Está por ver cuál será su impacto real.

***2.2.15. Despidos colectivos. Las televisiones públicas (ahora de la Región de Murcia) otra vez en el punto de mira del Tribunal Supremo. La borrosa distinción entre la nulidad y el carácter no ajustado a derecho de una decisión empresarial. Notas a la sentencia de 24 de marzo.***

1. Es objeto de atención en esta entrada del blog la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 24 de marzo, si bien no fue notificada hasta mediados de este mes de junio y de la que se hicieron eco inmediatamente los medios decomunicación, de la que fue ponente la magistrada Rosa Viroles.

La sentencia, que cuenta con un voto particular suscrito por cuatro magistrados, estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por la parte trabajadora contra la sentencia dictada el 14 de octubre de 2013 por la Salade lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, y declara "no ajustados a derecho" los despidos efectuados por la empresa pública regional de radiotelevisión de la región de Murcia. El resumen oficial de la sentencia del TS es el siguiente: "Despido colectivo. Televisión de Murcia. Fusión por absorción de empresas públicas. Se cuestiona: fraude de ley, ausencia de buena fe en la negociación, documentación necesaria, falta de aportación de criterios de selección, vulneración del derecho a la igualdad y acceso al empleo público. Valoración de la causa económica alegada. Medida no ajustada a derecho. Voto particular".

Está por ver cómo afectará la sentencia a la "nueva" Radiotelevisión de Murcia en manos del grupo privado Secuoya y cuyo lanzamiento el pasado 1 de junio era anunciado en estos términos en la página web de la empresa: "Hoy es el gran día de la Televisión Autonómica de la Región de Murcia. Meses de trabajo exhausto por dar forma a una ilusión, guerras administrativas por defender un proyecto y el convencimiento de estar en la senda correcta para lograr la televisión que todos los murcianos se merecen se someten hoy al verdadero escrutinio: el de la audiencia. En emisión de transición desde que el pasado 1 de abril se diese el pistoletazo de salida a la gestión indirecta del Ente por parte del Grupo Secoya, la televisión de todos los murcianos ha ido ganándose la confianza de la población (con hitos como el 7,7 % de cuota de la pasada noche electoral), la credulidad de la crítica y el aliento de un sector que atestigua la inyección económica que supone 7TV para el audiovisual local". Desde una perspectiva radicalmente distinta, y con un análisis de carácter general, el sector de medios de comunicación de la federación de servicios de ComisionesObreras ha manifestado, tras la sentencias dictadas en los casos de Telemadrid, Radiotelevisión Valenciana y ahora la de Murcia, que "Los ERE salvajes en las radio televisiones públicas son ilegales", emplazando a los nuevos gobiernos autonómicos y locales y al Gobierno que surja de las próximas elecciones generales "a modificar sustancialmente la legislación audiovisual actual y a recuperar y consolidar un modelo sostenible de radio televisión pública".

2. La sentencia dictada por el TSJ murciano fue objeto de atención en una entradaanterior del blog, del que ahora recupero su contenido más relevante para enmarcar adecuadamente la resolución del alto tribunal.

"… La sentencia dictada el 14 de octubre de 2013, de la que ha sido ponente el magistrado José Luís Alonso, "asusta" inicialmente por el número de páginas que tiene, 61…aun cuando inmediatamente hay que decir que los fundamentos de derecho sólo ocupan cinco páginas, siendo el restante contenido de la sentencia dedicado a recoger los antecedentes de hecho y los hechos probados, con inclusión del texto íntegro del informe emitido por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

El litigio se suscita por la interposición de la demanda, en procedimiento de despido colectivo, presentada por el comité de empresa Onda Regional de Murcia SA y por el delegado de personal del ente público Radio Televisión Región de Murcia contra la empresa pública Radiotelevisión de la región de Murcia. El ERE inició su tramitación el 16 de abril de 2013, con propuesta empresarial inicial de extinción de 33 contratos, con alegación de causas económicas por necesidad de ajustarse a la partida presupuestaria disponible y en virtud de las decisiones políticas adoptadas de cambiar el modelo de gestión de la televisión pública regional "mediante la gestión indirecta del servicio público" (Preámbulo de la Ley 10/2012 de 5 de diciembre, de modificación de la Ley 9/2004, de 29 de diciembre, de creación de la empresa pública regional Radiotelevisión de la región de Murcia). De la citada ley hay que hacer referencia igualmente a la disposición adicional primera ("Cese de la actividad de Onda Regional de Murcia, S.A. y Televisión Autonómica de Murcia, S.A.1. Radiotelevisión de la Región de Murcia deberá proceder a realizar todas las

actuaciones y operaciones societarias necesarias para el cese de su actividad, en cualquier caso antes del 31 de diciembre de 2012, de la sociedad mercantil Onda Regional de Murcia, S.A. (ORM,S.A.) y de la sociedad mercantil regional Televisión Autonómica de Murcia, S.A. (TAM, S.A.) mediante la cesión global de sus activos y pasivos a RTRM, la cual se subrogará en los derechos y obligaciones de las sociedades extinguidas, a excepción de lo contemplado para el transporte y difusión de la señal. Se autoriza al Consejo de Gobierno a ampliar hasta un máximo de seis meses el plazo establecido en el párrafo anterior si fuera necesario"), y la disposición transitoria única ("1. Mientras no se realice la primera adjudicación y puesta en marcha del contrato para la gestión indirecta del servicio público de comunicación audiovisual televisiva, se encomienda a RTRM la gestión directa del mismo a efectos de garantizar la continuidad del servicio. En este periodo de transición, que no deberá superar los 12 meses a contar desde la entrada en vigor de esta ley, RTRM podrá realizar y emitir una programación televisiva destinada a satisfacer las necesidades informativas, culturales, educativas y de entretenimiento de la sociedad murciana. 2. El Consejo de Gobierno podrá prorrogar, a propuesta del Director General de RTRM, por causas excepcionales y de resultar ello necesario, el plazo concedido en el apartado primero de esta disposición transitoria. 3. En el supuesto de extinción del ente Radiotelevisión de la Región de Murcia, se estará a lo dispuesto en la normativa laboral estatal sin que, en ningún caso, la Administración pública de la Región de Murcia integre al personal laboral del mismo").

El argumento de carácter económico era, al igual que en otras televisiones autonómicas en los que se han planteado conflictos laborales que han llevado a despidos colectivos, el "sobredimensionamiento de la plantilla", explicado de la siguiente manera: "2. Que la conjunción del importe destinado a Radiotelevisión de la Región de Murcia en la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma para el ejercicio de 2013, la disminución de los ingresos propios y el mantenimiento de los niveles de la plantilla provocan una clara situación de sobredimensionamiento de ésta con respecto a los recursos obtenidos y a obtener. 3.- Que de mantenerse la plantilla como existe hasta la fecha, su coste económico total ascendería a 3.859.308,93 euros, cuando en los presupuestos de Radiotelevisión de la Región de Murcia para 2013 la, partida de gastos de personal está presupuestada en 2.920.000 euros, con lo que se generaría un déficit por la diferencia."

El período de consultas se desarrolló con los representantes de los trabajadores a partir del día 19 de abril, insistiendo la empresa en la necesidad de ajustarse a lo dispuesto en la Ley autonómica de presupuestos, no disponiendo de alternativa alguna, mientras que la representación del personal propuso diversas medidas de contención del gasto de personal. Dicho período finalizó sin acuerdo el 15 de mayo, si bien finalmente la extinción afectó sólo a 28 trabajadores, argumentando la empresa la decisión en la obligación de ajustarse a las medidas de estabilidad presupuestarias previstas tanto en la normativa estatal como autonómica, siendo necesario destacar el importante recorte presupuestario sobre las cantidades percibidas el año anterior y la obligación impuesta por la Consejería de Economía y Hacienda al director general de RTRM de "ajustar el importe de la masa salarial autorizada al límite establecido en la Ley 13/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2013".

En la demanda se solicitó la nulidad de los despidos por considerar que se había producido un fraude de ley "al fusionar mediante absorción en la Empresa Pública RTRM dos sociedades mercantiles públicas, absolutamente heterogéneas, con el fin de provocar una situación económica negativa que justificase la extinción por causas objetivas de los contratos, con las consecuencias legales prevenidas en el artículo 6A y 7.3 del Código Civil español". También se alegó mala fe negocial, vulneración de los principios de igualdad ante la ley y no discriminación, y también del principio de igualdad de acceso a la función pública. Además de los diferentes argumentos por los que se solicitaba la nulidad de la decisión empresarial, también se pedía de manera subsidiaria la improcedencia, por no acreditarse las causas económicas alegadas, y también porque la decisión empresarial implicaba hacer peligrar el servicio público, "en particular por lo que se refiere a la gestión directa del servicio de radiodifusión".

La Sala centra su atención en el marco jurídico de aplicación alegado por la empresa para proceder a los despidos, el de la estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera regulado en la Ley Orgánica 2/2012 de 21 de abril, con mención expresa a los arts. 1.2, 3 y 4, y la Ley 7/2010de 31 de marzo, general de la comunicación audiovisual y las obligaciones impuestas ex art. 43.8 bis) a los prestadores públicos del servicio público de comunicación audiovisual. De forma harto esquemática la

Sala desestima la petición de nulidad por el pretendido fraude ley de la creación de la empresa, ya que se trata de una ley aprobada con arreglo a la tramitación parlamentaria legalmente establecida, y sin que al parecer de la Sala se haya probado de alguna manera la argumentación de que la decisión empresarial vulneraba los principios de igualdad y no discriminación en general y el de igualdad de acceso a la función pública en particular, ni tampoco se acredita que los criterios de selección de los trabajadores afectados fueran contrarios a derecho, si bien la Sala sí hace constar que los criterios tenían un grado de generalidad ("antigüedad, polivalencia"), algo que en otros litigios sí ha sido considerado por algunos tribunales como causa de nulidad de la decisión empresarial, y en otros no lo ha sido pero remitiendo a los trabajadores presuntamente afectados por un trato discriminatorio al proceso individual de despido ex art. 124.13 de la LRJS.

Tampoco entiende la Sala que haya habido mala fe negocial por parte de la empresa, ya que hubo negociación durante el período de consultas y finalmente se redujo el número de afectados y la empresa se ofreció a buscar alternativas para recolocar a los despedidos. Con respecto a la entrega de un documento por parte de la empresa el penúltimo día del período de consultas, el relativo a la información presupuestaria sobre el montante económico disponible por la dirección de la empresa en virtud de lo aprobado en la ley autonómica de presupuestos, la Sala lo salva con una triple fundamentación que sin duda hubiera requerido de mayor justificación a mi parecer: en primer lugar, que la parte trabajadora tuvo a su disposición "documentación suficiente" (quiero pensar, por consiguiente, que la Sala se acoge a la doctrina del TS sobre la inexistencia de nulidad en caso de tratarse de documentación solicitada que no fuera necesaria para la resolución del litigio); en segundo término, que los presupuestos "se publican y son de público conocimiento" (ciertas las dos afirmaciones, y tratándose de una norma es obligado su cumplimiento, aunque desde luego, trasladado al terreno de la realidad social, creer que todas las normas, y la ley de presupuestos lo es, son conocidas, no deja de ser en la mayor parte de las ocasiones algo que me parece que no se ajusta a la realidad); en fin, para la Sala, dicha documentación se entregó a la representación de los trabajadores, aunque fuera al final del período de consultas (supongo que la Sala debió considerar, pero esta es sólo una suposición mía, que no se había infringido o vulnerado el objetivo perseguido por el período de consultas según la normativa europea, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE y la normativa estatal, cual es que las partes deben disponer de la documentación adecuada y con tiempo suficiente – "efecto útil" – para tratar de llegar a un acuerdo durante dicho período).

Con todo, creo que el argumento más relevante de la sentencia es la consideración de que la estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera a que están obligadas todas las Administraciones Públicas, es decir la fijación de "un tope de gasto presupuestariamente establecido" va a implicar la conformidad a derecho de la decisión extintiva si la empresa acredita, como así hace a juicio de la Sala, que ha sufrido un importante recorte presupuestario sobre el año anterior como consecuencia de una opción política (dedicar menos recursos a los servicios públicos de radio y televisión regionales) que implica disponer de menor margen de actuación empresarial para abordar los costes de personal de plantilla. La Sala considera que el ajuste o recorte de cerca de un millón de euros (exactamente 939.308 euros) sobre el presupuesto de 2012 impedía la continuación de una parte de la plantilla, y buena prueba de ello es que en la propia sentencia se acepta que el despido es conforme a derecho tanto por ajustarse a la normativa reglamentaria laboral (RD 1483/2012) como a la tantas veces citada Ley orgánica de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. La Sala acude a la tesis del "realismo económico" (no recuerdo que se encuentre recogida de forma expresa en ninguna norma que regulan los ERES), considerando como tal la adecuación de la capacidad de acción a los recursos disponibles (vuelvo a insistir que la decisión de una mayor o menor asignación de recursos ha sido una opción política adoptada por el ejecutivo, ciertamente en el ámbito de sus competencias), y concluyendo que "El desfase presupuestario indicado justifica las medidas adoptadas pues tales finalidades, en relación con el Mandato Marco de la Asamblea Regional y el contrato programa del servicio público de comunicación, deben compaginarse con las posibilidades presupuestarias y una eficiente gestión de los servicios públicos o de interés público, sometidos ab initio a criterios lógicos de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera..".

Más claro, agua. La normativa presupuestaria incide, y mucho, sobre las relaciones laborales en el sector público, llevando… a importantes reducciones de personal en las Administraciones Públicas y en dicho sector, siendo pocas las sentencias en las que los tribunales se han apartado del estricto

cumplimiento de la norma por parte de las administraciones o empresas para adentrarse en un examen más riguroso de la proporcionalidad y funcionalidad de la decisión. Las páginas de este blog, y el repertorio judicial del CENDOJ, son prueba de ello".

3. Contra la sentencia del TSJ murciano se interpuso recurso de casación por la parte trabajadora demandante en instancia, que será, como ya he indicado, parcialmente estimado, en contra de la tesis manifestada por el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe, en el que consideraba que el recurso "debe ser íntegramente desestimado". Seguiré en mi explicación el mismo orden que el del TS para ir analizando, y resolviendo, los diversos motivos.

A) El primero de ellos, al amparo del art. 207 c) de la LRJS (quebrantamiento de formas esenciales del juicio) alega vulneración de los arts. 14 y 23.2 de la CE, aduciendo que la sentencia de instancia "adolece de incongruencia extrapetitum en lo referente a la vulneración de los derechos fundamentales y a la prelación de los trabajadores en cuanto a la permanencia en el puesto". La Sala repasa su consolidada doctrina sobre incongruencia y critica (ya me he manifestado antes en los mismos términos) la parquedad de la argumentación de la sentencia de instancia, si bien en cuanto que no es solicitada por la recurrente su nulidad desestimará el motivo "sin perjuicio….. de cuanto oportunamente se dirá" más adelante sobre las vulneraciones alegadas.

B) El segundo motivo versa sobre error en la apreciación de la prueba, al amparo del apartado d) del art. 207 LRJS, argumentando la recurrente que determinados documentos que se aportaron en la fase de instancia no fueron debidamente valorados y tomados en consideración por la Sala, con cita del informe de la ITSS, de un informe pericial económico, de otro informe pericial sobre RTVM, y de varios contratos de personal de alta dirección. La Sala, al igual que ha hecho en el motivo anterior, repasa su consolidada doctrina sobre los requisitos que deben cumplirse para poder aceptarse la revisión, que no se dan en el caso enjuiciado ya que la recurrente no denuncia errores concretos ni pide modificación de los hechos probados, y basa sus alegaciones en informes periciales, siendo así, recuerda acertadamente la Sala, que la prueba pericial "no está contemplada en la LRJS como susceptible de dar lugar a sustentar un error en la apreciación probatoria del recurso de casación".

C) El tercer motivo, que se subdivide en cuatro apartados, alega vulneración del art. 207 e), es decir, infracción de la normativa y jurisprudencia aplicable al caso debatido.

a) En el primero, con cita de varios preceptos constitucionales y legales (arts. 14 y 23 CE, arts. 3.1 y 4.1 del RD 1483/2012), se alega en esencia que los criterios de selección de los trabajadores despedidos no fueron "correctos y claros", y por otra parte que se ha vulnerado el principio de igualdad de acceso a la función pública ya que "la mayoría de la plantilla accedió previo proceso de selección" y la decisión de la empresa "conculca la prioridad de permanencia de quienes accedieron a la condición de personal fijo previa superación de pruebas conforme al criterio de igualdad, mérito y capacidad".

La Sala repasa su doctrina sobre cómo debe garantizarse el cumplimiento del art. 51.2 de la LET en orden a proporcionar la debida información sobre los criterios de selección, poniendo de manifiesto en relación con el caso enjuiciado que en la memoria justificativa del PDC "se contiene una expresión real de esos criterios, expresados, es cierto, de una forma un tanto genérica", si bien inmediatamente añade que "no puede olvidarse que junto con ello se aportó una relación de trabajadores afectados en el Anexo V, optando así por una segunda manera de información directa.." que era la prevista en el anterior RD 801/2011, y acude a su doctrina sentada en la sentencia de 18 de febrero de 2014 sobre la necesidad de valorar la exigencia de aportar los criterios de selección "en relación con las circunstancias concretas en las que se proyecta" (es decir, aplicación de la tesis antiformalista). También trae a colación, para defender la necesidad de valorar las circunstancias concretas de cada caso, y la actuación de las partes durante el período negociador, las sentencias de 18 de julio y 25 de junio de 2014.

Quedó probado, y así lo constata la Sala, que por la parte trabajadora se mantuvo desde el primer momento la oposición a las propuestas enunciadas por la empresa, y que tal oposición se ha mantenido en el recurso de casación interpuesto. Pues bien, a partir de todos estos datos, y con un criterio extremadamente formalista que no parece casar muy bien con el antiformalismo anterior, el TS concluye que las menciones genéricas a la antigüedad y polivalencia de los trabajadores, utilizadas

como criterios de selección, son suficientes para rechazar la petición de nulidad de la recurrente. Los criterios pueden ser genéricos, y podrían merecer una valoración crítica incluso (aunque la Sala no lo reconozca expresamente), pero lo cierto (formalismo) es que aquello que exigen las normas cuestionadas "es la aportación de los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados", de tal manera que ".. sólo la ausencia de tal aportación de criterios daría lugar a la nulidad del despido". No recuerdo que en sentencias anteriores la Sala haya sido tan puramente formalista en casos parecidos, y habrá que seguir con atención cómo se manifiesta en casos posteriores que se sometan a su consideración y en los que se plantee el mismo problema.

El rechazo a la presunta vulneración de la prioridad de permanencia del personal laboral fijo encuentra su razón de ser en que el mismo se refiere al personal de las Administraciones Públicas pero no a los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público, cada uno de ellos con regulación propia en el RD 1483/2012.

b) A continuación, la Sala debe examinar un nuevo sub-motivo expuesto en el recurso, cual es el de vulneración de la buena fe negocial e insuficiencia de la documentación entregada, lo que implicaría la nulidad del PDC por infracción del art. 51.2 LET y arts. 4.2, 4.4 y 8 del RD 1483/2012, enfatizando como así se hizo en la demanda y en el acto del juicio, que un documento muy importante al parecer de la ahora recurrente, el elaborado por la Secretaría General de la Consejería de Hacienda, "se entregó el último día del período de consultas"; petición de nulidad que fue rechazada, como antes he explicado, por la sentencia de instancia por entender que la parte trabajadora dispuso de adecuada y suficiente información durante el período de consultas, que hubo efectiva negociación, que el citado documento relativo a los presupuestos autonómicos no era impedimento para la negociación ya que "los presupuestos se publican y son de público conocimiento", y que (nuevamente el formalismo extremo) el citado documento "aunque fuese al final de la negociación, se entregó al Comité de Empresa".

Procede una vez más la Sala a repasar su consolidada doctrina sobre la buena fe negocial y el requisito formal de aportación de documentación, con una muy amplia transcripción de fragmentos de la sentencia de 18 de julio de 2014, así como otras referencias a las de 16 de noviembre de 2012, 26 de marzo de 2014, y 25 de septiembre de 2013. Tras el formalismo anterior de la Sala de instancia por aceptar el documento aunque fuera el último día negociador, el TS mantiene este criterio pero ahora lo anuda a otro antiformalista, cual es el de la importancia real de disponer del mismo y de las críticas que en su caso hubiera manifestado la parte trabajadora, para concluir que la no entrega del citado documento, que hubiera debido producirse en el momento inicial, "no vicia por sí solo el procedimiento de despido colectivo", vicio que sí se produciría cuando por su importancia o por el momento de su aportación "dificultara o impidiera una adecuada negociación de buena fe…".

Desde luego que no creo que, más allá del carácter público de los presupuestos, un documento entregado el último día facilite precisamente la negociación, pero esta presunta dificultad no queda probada ni para la sentencia de instancia ni ahora para el TS, que expone que no se ha alegado ni se ha podido justificar "siquiera indiciariamente por el sindicato recurrente los posibles perjuicios que en la negociación hubiere podido tener la conducta empresarial". Y es aquí donde la Sala incorpora un razonamiento ciertamente complejo y que merecerá una dura crítica en el voto particular. Me explico: después de todo el análisis anterior, los lectores y lectoras del blog, y desde luego también quien firma esta entrada, podríamos llegar a la conclusión de que la empresa actuó de buena fe, ya que así parece deducirse de los argumentos del TS… pero no es del todo correcto porque la Sala concluye inmediatamente a continuación que "Es claro que en tales circunstancias no puede hablarse de negociación de buena fe (art. 51.2 ET), ni tampoco plenamente ausente de la misma, pero sí de una negociación viciada y desleal"; es decir, hay una negociación no plenamente ajustada a derecho si hemos de hacer caso al razonamiento del TS, de lo que se deriva que los despidos colectivos llevados a cabo no pueden merecer la tacha de nulidad, porque sí se ha negociado "parcialmente" de buena fe, pero sí de no ser ajustados a derecho porque sí se ha negociado "parcialmente" de mala fe, remitiendo la Sala, como en las películas de intriga, a un posterior razonamiento para justificar la decisión adoptada.

No hay duda de que con su tesis, repito, la Sala se adentra en un terreno ciertamente complejo, donde la frontera entre negociación parcial de buena fe y negociación parcial de mala fe puede ser una fuente de conflictos en punto a determinar sus efectos sobre la decisión empresarial, si bien hay que reconocer que puede ser un punto de partida para declarar la no conformidad a derecho de la decisión empresarial cuando las causas de nulidad alegadas no fueran clara y suficientemente precisas y concretas.

c) Los siguientes sub-motivos del recurso de casación a los que debe responder la Sala son los de fraude de ley y abuso de derecho en la actuación empresarial (art. 6.4 y 7.3 del Código Civil y 51.6 LET), y el de inexistencia de causas justificadoras de los despidos por responder estos a decisiones político-administrativas (art. 51, 52 c, 53.3 y 4 LET).

En el primer punto la Sala repasa su consolidada doctrina sentada a partir de la primera sentencia de 17 de febrero de 2014 dictada en los conflictos planteados por los despidos producidos en los consorcios territoriales de empleo de Andalucía. A continuación, y encuentro a faltar una más amplia justificación de su tesis, es decir de razonamiento jurídico que la ampare, con independencia de que pueda estar de acuerdo con la misma y que los hechos posteriores a la sentencia del TSJ de Murcia abonen la tesis del TS, el alto tribunal expone que las causa aducidas por la empresa son de índole económica si bien aquello que se está planteando son causas también organizativas, y cuando en realidad lo que se trasluce de la decisión empresarial "es una reestructuración del servicio, intuyéndose para un futuro próximo la externalización del servicio, medidas en modo alguno comunicadas a la representación de los trabajadores". Por consiguiente, aquí cobra mayor sentido la tesis defendida por la Sala de una negociación parcial de mala fe por ocultar información a la representación del personal. La actuación parcialmente fraudulenta de la empresa (y nuevamente la sentencia se mueve en un terreno complejo, ya que defiende el incumplimiento del art. 51 de la LET por la parte empresarial pero es del parecer que "no se constata indubitadamente la existencia de fraude de ley") lleva a declarar injustificada su decisión, extrayendo la Sala del relato de hechos probados de la sentencia de instancia una conclusión que no extrajo el TSJ murciano, cual es la evidencia de que el ente RTVM "trata de eludir la subrogación en los derechos y obligaciones de las sociedades extinguidas, y en concreto de asumir el personal de aquellas".

Por último, al abordar la concurrencia o no de la causa que ha justificado los despidos efectuados, esto es la causa económica concretada en la insuficiencia presupuestaria, la Sala rechaza, a partir de su valoración de los hechos probados, que exista una causa económica negativa que justifique aquellos, ya que la valoración la efectúa teniendo en consideración "la situación de pérdidas de las empresas absorbidas", cuando aquello que hubiera debido tenerse únicamente en consideración es la valoración de la causa económica "respecto a la empresa absorbente (es decir RTVM)". La Sala reitera una consideración ya efectuada con anterioridad, cual es la de inexistencia real de causa económica y voluntad (oculta) de la empresa de "reestructurar y reorganizar todo el Ente", a la que acompaña otra de indudable valor social y que debe merecer ciertamente una valoración positiva por mi parte, cual es de que un Ente como éste, que se ocupa de la prestación de un servicio público, "no puede regirse exclusivamente por criterios de rentabilidad".

En realidad, sigue argumentando la Sala, ahora con mucha mayor precisión que en los fundamentos jurídicos anteriores, la insuficiencia presupuestaria alegada "…. No es sino una falta de previsión del propio ente conocedor de las obligaciones que se derivaban de la Ley 10/2012 tras la absorción de las sociedades operadas". La tesis nuclear de la sentencia del TS, y es aquí cuando puede comprenderse mucho mejor la anterior argumentación de la Sala respecto a la actuación parcialmente fraudulenta de la empresa, es que la Ley 10/2012 de 5 de diciembre, por la que se procedió a la absorción de las dos empresas anteriormente existentes (Onda regional de Murcia y Televisión autonómica de Murcia) por el ente RTVM "no autorizaba la extinción de contratos", tesis defendida por la parte primero demandada y ahora recurrida.

La Sala aporta de su propia cosecha una propuesta en punto a hacer efectiva la previsión de la Ley regional de presupuestos de ajustar la masa salarial, que implicaría "… que el déficit de la cantidad presupuestada se distribuyera entre la totalidad de los trabajadores…", pudiendo debatirse aquí no en modo alguno su tesis de inexistencia de previsión de despidos por la normativa aplicable, sino hasta qué punto le corresponde determinar cómo deben resolverse los problemas de índole económica que,

en su caso, pudiera tener el Ente que se subrogó en los derechos y obligaciones de las dos empresas absorbidas, y que la llevaron a proceder a los despidos sólo un mes después de haberse extinguido tales empresas.

Del relato de hechos probados, valorados en diferentes términos que la sentencia de instancia, la Sala concluye que la medida adoptada "no se justifica en términos del juicio de la razonable idoneidad que a este tribunal corresponde apreciar…", por no quedar acreditada "la situación global de la absorbente" tras las dos absorciones, y sin existir, o quedar debidamente acreditada, causa económica alguna se procede al despido de 28 trabajadores sólo un mes después de la absorción de las dos empresas, sin que tampoco se alegue "causa organizativa alguna". Del examen de todos los datos contenidos en los hechos probados la Sala concluye, para finalizar su alegato, que no se han acreditados los tres requisitos requeridos por la jurisprudencia del TS para justificar un despido económico, y que han sido objeto de análisis por mi parte en anteriores entradas del blog: "1. Acreditar la existencia de una situación económica negativa. 2. Establecer el efecto de esa situación sobre los contratos de trabajo, en la medida en que aquella provoca la necesidad de amortización total o parcial de los puestos de trabajo. 3. Mostrar la adecuada proporcionalidad de las medidas extintivas adoptadas para responder a esa necesidad…".

4. El voto particular está suscrito por el magistrado José Luís Gilolmo,y al mismo se adhieren los magistrados Jesús Gullón (presidente de la Sala), Miguel Ángel Luelmo y Jesús Souto. En apretada síntesis, y remitiendo a las personas interesadas a su lectura íntegra, cabe indicar que el voto manifiesta su discrepancia con la tesis de la sentencia sobre la existencia de una negociación viciada y desleal aunque no se aceptara la tesis de la vulneración de la buena fe negocial, tesis con las que se disiente "por la ambivalencia y falta de claridad…" que lleva a una conclusión contradictoria en sí misma por no aceptar una tesis pero sí extraer consecuencias en parecidos términos.

El voto es duro con la sentencia al referirse a su argumentación de que la falta de entrega de un documento hasta el último día del período negociador no vicia totalmente la negociación pero sí implica una actuación de mala fe, considerando esta tesis "radicalmente ayuna de amparo legal", pues los incumplimientos menores, y así dice que se admite en la sentencia, no afectan en absoluto a la posible nulidad de la decisión empresarial.

El núcleo duro del voto particular se asienta en la discrepancia con la tesis de la sentencia sobre inexistencia de la causa económica alegada. En completa contraposición a la tesis mayoritaria, y haciendo suya la tesis de la sentencia de instancia, el voto extrae de los hechos probados que los mismos "pone (n) claramente de relieve el sustrato económico – irrefutable – que respalda la medida extintiva empresarial", al que se acompaña, desde la perspectiva procesal formal pero con indudable impacto sobre las consecuencias jurídicas de la decisión empresarial, el rechazo a la tesis defendida por la Sala de negar la existencia de nulidad formal pero sí aceptar que las irregularidades formales pueden llevar a una declaración de no ser ajustada a derecho la decisión, reiterando que "no existe amparo normativo alguno para transformar una hipotética (y descartada) nulidad de la decisión empresarial…… en la declaración que, como no ajustado a derecho, contiene nuestra sentencia".

Aún más tajante es la discrepancia ("más radical" por utilizar los propios términos del voto) con la tesis mayoritaria de la presunción de una reestructuración del servicio que lleve a su externalización (como así, repito, ha ocurrido en la realidad), que califica de "especulaciones sin sustento alguno en la declaración fáctica…". En definitiva, y con ello concluye el voto, no se produjo ninguna infracción de las atribuidas en el recurso de casación, y ahora en la sentencia de la Sala, en la sentencia de instancia, por lo que la respuesta jurídicamente correcta hubiera debido ser "la integra desestimación del recurso de casación interpuesto por la representación de los trabajadores… y la confirmación de la sentencia de la Sala de Murcia…".

***2.2.16. ¿Fin de la saga de los despidos colectivos en el Ayuntamiento canario de La Oliva? Cuarta entrega: nota a la sentencia del TS de 21 de julio, que confirma la dictada por el TSJ de las Islas Canarias de 28 de agosto de 2014, y resumen de las tres sentencias anteriores (dos del TSJ y una del TS).***

1. El 19 de octubre de 2014 finalizaba mi comentario en el blog a la sentencia dictadapor el TSJ de las Islas Canarias el 28 de agosto con estas manifestaciones: "Tengo curiosidad por conocer cuál será la cuarta sentencia de la "saga", ya que supongo que el Ayuntamiento centrará su recurso tanto en la revisión de hechos probados sobre los datos económicos recogidos en los mismos como en la infracción de la normativa aplicable como consecuencia previa de la aceptación por el TS de esa revisión. Como decía al inicio de mi comentario, estamos ante una sentencia que tiene mucho más de económica que de jurídica, y en la que la Sala habrá debido proceder a un detallado estudio de todos los datos económicos disponibles. Desde luego, el TS no podrá decir en la nueva sentencia que hay "insuficiencia de hechos probados" porque son bastante claros y reflejan bien la situación conflictual. Pero, que se esté de acuerdo o no con la interpretación de los datos que ha hecho el TSJ es justamente la vertiente jurídica del caso que deberá resolver el TS".

Pues bien, mi curiosidad jurídica ya ha sido satisfecha. La Sala de lo Social del TribunalSupremo dictó sentencia el 21 de julio, de la que fue ponente el magistrado José Manuel López García de la Serrana, en la que desestima el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento contra la sentencia dictada el 28 de agosto de 2014 por el TSJ que declaró "no ajustada a Derecho la decisión extintiva de los contratos de 46 trabajadores de la Corporación demandada acordada por la Alcaldesa-Presidenta el día 25-7- 2012, con efectos a partir de 16-8-2012". El resumen oficial de la sentencia del TS es el siguiente: "Despido colectivo. Ayuntamiento de La Oliva. Incongruencia de la sentencia: no existe, Revisión de hechos: no procede. Insuficiencia presupuestaria: no se acredita y se confirma sentencia que declaró los despidos colectivos no ajustados a derecho, al no existir un motivo dedicado al examen de la infracción legal".

Se trata de la cuarta, y parece que última, sentencia dictada por los tribunales (TSJ y TS) sobre los despidos colectivos llevados a cabo por la Corporación Local en julio de 2012. Recuerdo ahora con brevedad que la primera sentencia del TSJ declaró la nulidad de los despidos, el TS casó la anterior y devolvió las actuaciones a la sala autonómica para que se pronunciara sobre la existencia o no de causa justificadora de los despidos, el TSJ dictó nueva sentencia considerando no ajustadas a derecho las extinciones contractuales, y por fin el TS desestima el recurso empresarial y confirma definitivamente la sentencia de instancia, o lo que es lo mismo, se confirma que los trabajadores fueron despedidos sin existencia de causa que lo justificara. No obstante, la litigiosidad jurídica no ha terminado ni mucho menos, a la espera de que se celebren los juicios por demandas interpuestas vía procedimiento individual por los trabajadores despedidos. Recordemos en este punto que el art. 124.13 de la Ley reguladora de la jurisdicción social dispone lo siguiente: "b) Cuando el despido colectivo haya sido impugnado a través del procedimiento regulado en los apartados anteriores de este artículo, serán de aplicación las siguientes reglas: "1.ª El plazo de caducidad para la impugnación individual comenzará a computar desde la firmeza de la sentencia dictada en el proceso colectivo, o, en su caso, desde la conciliación judicial. 2.ª La sentencia firme o el acuerdo de conciliación judicial tendrán eficacia de cosa juzgada sobre los procesos individuales, por lo que el objeto de dichos procesos quedará limitado a aquellas cuestiones de carácter individual que no hayan sido objeto de la demanda formulada a través del proceso regulado en los apartados anteriores. 3.ª Será nula la extinción del contrato acordada por el empresario sin respetar las prioridades de permanencia que pudieran estar establecidas en las leyes, los convenios colectivos o en el acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas. Esta nulidad no afectará a las extinciones que dentro del mismo despido colectivo hayan respetado las prioridades de permanencia".

Procedo a continuación a recordar los contenidos más destacados, publicados en anteriores entradas del blog, de las tres sentencias anteriores, para posteriormente detenerme en aquellos aspectos más relevantes (no muchos ciertamente, al menos a mi parecer) de la última sentencia dictada por el TS.

2. La sentencia dictada por el TSJ canario el 19 de diciembre de 2012 estima la demanda interpuesta por la Federación de Servicios a la Ciudadanía de CC OO contra el ERE presentado por el ayuntamiento de La Oliva, declara la nulidad de la extinción de 46 contratos y "con derecho de los trabajadores a la

reincorporación a sus puestos de trabajo, de conformidad a lo previsto en los apartado 2 y 3 del art. 123 LRJS..".

Los puntos adebate en la sentencia son el contenido de la documentación a presentar por la Corporación para justificar las extinciones, por una parte, y la voluntad de llevar a cabo un auténtico proceso negociador durante el período de consultas, debiendo destacarse que el ERE se presenta el 11 de junio de 2012, se cierra el período de consultas sin acuerdo el 11 de julio, y el día 25 del mismo mes se comunica a la representación de los trabajadores la extinción de los contratos.

Según consta en el hecho probado primero la Corporación presentó, en el inicio del período de consultas, una memoria explicativa de la decisión de extinguir 46 contratos de un total de 255 trabajadores asalariados del ayuntamiento, y la solicitud del informe a la representación laboral. En cuanto a los criterios utilizados para seleccionar los trabajadores afectados, tenían que ver con puestos de trabajo no incluidos en la Relación de Puestos de Trabajo, la supresión de servicios no obligatorios, y "titulación, antigüedad y edad". Es importante destacar, al referirnos al cumplimiento o no de los requisitos formales previstos en la normativa, que la autoridad laboral requirió al ayuntamiento, entre otros documentos, para que presentara las cuentas anuales de los dos últimos ejercicios económicos completos, mientras que por parte de aquel se aportó "certificación de la interventora con las cuentas de los cuatro últimos años", de cuyos contenidos se obtiene una sucinta, pero suficiente a mi parecer, información en los hechos probados cuarto, quinto y sexto. Por la parte trabajadora se formularon propuestas detalladas, que constan recogidas en el hecho probado séptimo, sobre la adopción de distintas medidas que permitirían corregir la difícil situación económica de la Corporación y que evitarían los despidos (mejora de la gestión de los ingresos, reducción de diversas partidas del presupuesto , prejubilaciones, reducción de jornada, transformaciones de contratos a tiempo completo en contratos a tiempo parcial,…) Todas las propuestas fueron rechazadas por la parte empresarial con los argumentos que se recogen en el mismo fundamento jurídico.

La parte demandante alegaba la nulidad del ERE por los defectos formales en su tramitación, y de forma subsidiaria la declaración de inexistencia de la causa económica alegada y la declaración consiguiente de no conformidad a derecho de la decisión empresarial. La estimación de la primera petición llevará a no entrar en la segunda formulada. El TSJ pasa revista, en primer lugar, a la normativa aplicable al tratarse de un ERE en una Administración Pública, es decir la nueva disposición adicional 20ª de la LET incorporada por el RDL 3/2012, y relaciona dicho precepto con el nuevo artículo 51 de la LET resultante de la reforma, con el art. 124 de la LRJS y de la normativa reglamentaria vigente en las fechas del ERE, es decir el RD 801/2011 interpretado/modificado por la Orden ESS/487/2012. La sentencia pone de manifiesto, a modo de obiter dicta, la dificultad de la delimitación contable de qué debe entenderse por insuficiencia presupuestaria sobrevenida durante tres trimestres consecutivos, "dada la necesaria anualidad de los presupuestos de las Administraciones Públicas" (dificultad que ha tratado de corregir el RD 1483/2012) y se remite a la disposición adicional 20º de la LET (recuérdese que estaba en vigor el RD 801/2011, que no contemplaba la presentación específica de ERES en las Administraciones Públicas, a diferencia de cómo lo hace, y de forma detallada, el RD 1483/2012) para poner de manifiesto que el ERE debía efectuarse "en el marco de los mecanismos preventivos y correctivos regulados en la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de dichas Administraciones Públicas".

A tal efecto (y sigo insistiendo en que no había regulación detallada para presentación documental en ERES en las AA PP) la Sala acude a la normativa reguladora propia de la Administración Local, en concreto la Orden EHA/4041/2004, de 23 de noviembre, en la que se dispone que las cuentas anuales de una Corporación Local consisten "en el balance, la cuenta de resultados económico-patrimonial, el estado de liquidación del presupuesto y la memoria". De ahí que considere plenamente insuficiente la documentación aportada por la Corporación, consistente sólo en la memoria, en primer lugar, y en los informes de la interventora, de los que no se deduce en modo alguno la situación deficitaria alegada. El TSJ es muy crítico con el ayuntamiento y su incumplimiento de la normativa aplicable, afirmando con rotundidad que "los trabajadores despedidos no saben a ciencia cierta cuál es la situación económica de la Corporación que ha hecho necesario su cese como única y drástica medida correctora de los desequilibrios pretendidos", y con mayor rotundidad si cabe afirma que "tan abrumadora falta de documentación contable y financiera – cuya llevanza es más exigible aún de una Administración Pública – produjo ya la más absoluta indefensión de los trabajadores, quienes se han visto afectados por una decisión determinante para sus vidas y las de sus familias sin mayor justificación".

Los defectos formales no se paran aquí, a juicio de la Sala, sino que siguen en el período de consultas, aun cuando en puridad podemos hablar más de una mezcla de cuestiones formales y de fondo en cuanto que a la falta de documentación puede sumarse la falta de voluntad negociadora. En efecto, la Sala reprocha a la Corporación su nulo esfuerzo por buscar alternativas a las extinciones de contratos durante el período de consultas, con independencia del reconocimiento de las limitaciones que tiene una AA PP cuando negocia un ERE, pero limitaciones que no impedían, ni antes ni después de la entrada en vigor del RD 1483/2012 un esfuerzo por ambas partes, y en este caso, por la Administración Local para buscar puntos de acercamiento, algo a lo que se negó la Corporación, ya que no aceptó ninguna propuesta de la parte laboral, y de esta manera según la Sala se evidenció una absoluta falta de voluntad negociadora por parte de aquella, "únicamente encaminada a imponer rígidamente y sin cesión alguna su decisión, ya adoptada sin ofrecer alternativas ni dilucidar sobre las medidas propuestas".

3. El TS dictó sentencia el 18 de febrero de 2014, de la que fue ponente el magistrado Gonzalo Moliner, en el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de La Oliva contra la sentencia del TSJ de las islas canarias de 19 de diciembre de 2012, de la que fue ponente el magistrado Ignacio José Duce, si bien la notificación no se produjo hasta el 27 de mayo Hasta donde mi conocimiento alcanza es la primera sentencia del TS que se pronuncia sobre los despidos colectivos en las Administraciones Locales tras la entrada en vigor de la reforma laboral operada primero por el Real Decreto-Ley 3/2012 y después por la Ley 3/2012.

Empecemos por el final, porque esta vez es importante. La sentencia, en contra del criterio del Ministerio Fiscal que informó desfavorablemente sobre el recurso, estima parcialmente el recurso de casación y casa y revoca la sentencia recurrida que declaró la nulidad de la extinción de 46 contratos, pero no se pronuncia sobre la conformidad o no a derecho de la decisión empresarial, ya que devuelve las actuaciones al TSJ; en efecto, el TS decide que "… ante la insuficiencia de los hechos probados de la sentencia y su falta de argumentación y pronunciamiento sobre la adecuación o no a derecho de la decisión de despedir", procede devolver las actuaciones a la Sala de instancia "para que con libertad de criterio proceda a una clarificación de lo que estima probado acerca de la realidad económica de la entidad y se pronuncie con la debida motivación sobre si considera ajustada a derecho la decisión extintiva…".

Por consiguiente, deberá ser la Sala de lo Social del TSJ canario la que se pronuncie sobre la existencia o no de las causas alegadas por la Corporación Local para proceder a la extinción de los 46 contratos, con un voto particular a la sentencia del TS que entiende que debió resolverse también sobre la concurrencia de la causa, y otro que se pronunció en el sentido de considerar que debía haberse desestimado el recurso y confirmado íntegramente la sentencia recurrida.

Pasemos ya al examen del contenido más destacado a mi parecer de la sentencia del TS, indicando previamente que según consta en el antecedente de hecho sexto la deliberación, votación y fallo estaba prevista para el 2 de septiembre de septiembre de 2013, si bien se produjo un primer aplazamiento hasta el 23 de octubre, y uno segundo hasta el 12 de febrero de este año, en el que el ponente asignado, el magistrado José Luís Gilolmo, manifestó no compartir la decisión mayoritaria de la Sala y que por ello formularía voto particular, habiendo sido entonces designado ponente el magistrado Gonzalo Moliner.

A) El fundamento de derecho primero reproduce sustancialmente los hechos probados de la sentencia de instancia y la argumentación jurídica de la Sala para llegar a la declaración de nulidad de los despidos, si bien con algún "añadido" del TS que valora ya alguna tesis del TSJ, ya que afirma que el tribunal autonómico aplicó el RD 801/2011, en la parte relativa a la información que debía facilitarse a la representación laboral, en aquellos aspectos transitoriamente vigentes según la Orden ESS/487/2012 de 8 de marzo, "cuya aplicabilidad, según parece entender aquella Sala, fue confirmada por la disposición transitoria única del RD 1483/2012, y por otro, aunque este extremo no resulta del todo claro en la sentencia impugnada, la Orden EHA/4041/2004 de 23 de noviembre… por la que se aprueba la instrucción del modelo normal de contabilidad local..".

B) El recurso de casación se interpone al amparo de lo dispuesto en los apartado d) y e) del art. 207 de la LRJS, solicitando en primer lugar revisión de hechos probados por error del TSJ en la apreciación de la prueba. El TS desestima el recurso en este punto tanto porque no se concreta dónde debería operarse la modificación sino también porque en caso de aceptarse, y en el supuesto incluso (no previsto que yo sepa en la LRJS) de que "esta Sala supliera esa labor e identificara en el documento…" la revisión solicitada "desvirtuaría la interpretación real de su contenido", haciendo suyo la Sala, aquí sí, el informe del Ministerio Fiscal.

C) El segundo bloque, mucho más importante a mi parecer, del recurso, y sobre el que se detendrá extensamente la Sala, versa sobre la infracción de la normativa y jurisprudencia aplicable, siendo objeto de atención los arts. 49.1 i), y 51 de la LET, y art. 124 de la LRJS.

Las alegaciones de la parte recurrente se centran en la bondad jurídica, es decir conformidad a derecho, de la documentación presentada y del desarrollo del período de consultas, por una parte, y de la existencia de las causas alegadas por otra. La parte recurrente alega que la empresa sí aceptó entra a debatir propuestas de la parte trabajadora cuando era viable, muy pocas ciertamente, pero que no podía, tanto por razones materiales como jurídicas, entrar a debatir de la mayor parte de las presentadas. Desde la perspectiva jurídica sustantiva y procesal, se alegó que la Sala había aplicado una normativa derogada, el RD 801/2011, y que por ello la empresa se ajustó a la normativa que estaba vigente en el momento en que se presentó su propuesta de extinción de contratos, que para la recurrente sería sólo el art. 51 de la LET, y como según ella los cumplió escrupulosamente nunca hubiera debido declararse la nulidad de las extinciones por incumplimiento formales. La recurrente reabrió así el debate sobre la vigencia del RD 801/2011, sobre la cual pocas dudas tuvieron numerosas sentencias de TSJ e incluso el propio TS en sus primeras sentencias sobre la reforma, si bien con exclusión del ordenamiento jurídico de la Orden ESS/487/2012 por no respetar el principio de jerarquía normativa.

a) El inicio del apartado 2 del fundamento de derecho tercero es contundente y no deja lugar a dudas, ya que afirma que "el motivo entero debe ser estimado", y a partir de ahí se plantea qué causas pueden alegarse, y cómo probarse, en despidos colectivos en las Administraciones Públicas, y en segundo término qué documentación debe presentarse y en qué términos puede desarrollarse el período de consultas, añadiendo a continuación, a título aparentemente incidental pero con bastante más trascendencia real, que al hilo de ambas cuestiones, y para responder al recurso, "habremos de pronunciarnos una vez más (SSTS 20-3 y 25-5-2013, esencialmente), ahora en relación a las corporaciones locales, sobre la vigencia y aplicabilidad de determinadas disposiciones de carácter general, dada la profusión normativa que al respecto se ha producido en los últimos tiempos".

b) Dije ya hace mucho tiempo, al efectuar los primeros comentarios normativos sobre la reforma laboral, que la normativa general aplicable a las Administraciones Públicas tendría un impacto considerable sobre la política laboral, y desde luego no era necesario ser muy avispado para defender esta tesis tras la aprobación de la modificación constitucional, poco tiempo antes, del art. 135.2 de la Constitución y su posterior desarrollo legal por la Ley Orgánica 2/2012, siendo desde entonces "el equilibrio presupuestario" el marco jurídico (y obviamente económico) sobre el que giran todas las decisiones públicas, señaladamente ahora de las Administraciones Locales, en materia presupuestaria, y es un marco sobre el que la sentencia declara de entrada y sin ambages que se trata del "marco general sobre el que debe descansar todo nuestro análisis…", para a continuación recordar que también debe ser de obligada aplicación, aquí con un contenido laboral específico, la disposición adicional vigésima de la LET sobre los despidos colectivos del personal laboral de las AA PP por causas económicas "… en el marco de los mecanismos preventivos y correctivos regulados en la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de la Administraciones Públicas".

c) Pero antes, la Sala se pronuncia sobre qué documentación debe presentar el ayuntamiento, en su condición de empleador ("antes incluso de que comience el período de consultas") y también sobre el contenido de las consultas. Para el TS estas dos cuestiones son de apariencia formal pero tienen una clara incidencia "tanto en el posterior estudio y determinación de las causas materiales que podrían justificar la medida de fondo, como en el proceso previo de consultas y de posible

negociación que incluso cabría que concluyera con algún acuerdo con los afectados". La Sala reitera en primer lugar su tesis ya defendida en anteriores sentencia de la vigencia "ya sea parcial" (en aquel momento) del RD 801/2011 y hasta la entrada en vigor del RD 1483/2012.

d) A continuación, y en cierta medida como si se tratara de un artículo doctrinal sobre cómo debe interpretarse la normativa aplicable, que no es ciertamente un artículo pero que sí tiene mucho de doctrina en cuanto que fija la posición del alto tribunal, la Sala procede a explicar las novedades más importantes operadas por la reforma laboral de 2012 en materia de despidos colectivos en general, en donde se ha suprimido la autorización administrativa, y en el sector público en particular, con la delimitación de su concepto, las causas por las que pueden operarse los despidos, y su obligado respeto a la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, con indicación de la obligación del empleador público de llevar a cabo un período de consultas y de aportar la documentación requerida por la normativa legal y de negociar de buena fe.

e) Hasta aquí, no hay nada en principio que decir en cuanto que se trata de un recordatorio del marco legal de actuación, pero es partir del apartado 5 del fundamento jurídico tercero cuando la Sala va a ir introduciendo restricciones o limitaciones a las posibilidades de actuación de las Administraciones Públicas en cuanto a sus posibilidades de negociar en un período de consultas, y sus consecuencia sobre qué deberá entenderse por respeto al principio de buena fe negocial, dado que si las posibilidades de negociación son mucho más limitadas que en el sector privado entonces el respeto al principio de buena fe no pasará necesariamente por la aceptación de propuestas de la parte laboral que podrían ser válidas en el sector privado pero que no tendrán cobertura jurídica para ser aceptada, y aplicada, por el empleador público.

Dos frases muy claras de la sentencia resumen todo aquello que acabo de exponer: en primer lugar, que los límites constitucionales impuestos a las administraciones locales (se cita el principio de legalidad del art. 93, y las normas propias recogidas en los arts. 137 a 140, y me imagino que ya no se cita por dar por sabida su aplicación el art. 135.2) tienen como consecuencia que "su capacidad negociadora no es idéntica a la del ámbito privado"; y en segundo lugar que el respeto a tales preceptos implica una reconfiguración del principio de buena fe porque la autonomía de la voluntad negocial del empleador se encuentra "sensiblemente limitada, al menos en la medida en que no pueden acordar soluciones que incumplan normas de distribución competencial o de cualquier otro orden en el terreno administrativo, que, como es sabido, constituye una actividad reglada". Para la Sala sí hubo una negociación y hubo, dentro de los límites disponibles, propuestas planteadas por el empleador, por lo que considera que su actuación fue conforme a derecho y estima las alegaciones del recurrente.

Después de leer el apartado 6 del fundamento jurídico tercero, compruebo que la Sala de instancia hizo una determinada valoración de cómo se desarrolló el período de consultas, valoración que es justamente la contraria por parte del TS con una reinterpretación del hecho probado séptimo que, aunque se afirme por la Sala que lo único que hace es aceptar la tesis de la recurrente "y sin apartarse en lo fundamental del extenso relato que contiene el hecho probado séptimo…", más parece una nueva valoración en toda regla de los hechos probados sin que se hayan modificado los mismos. ¿Es ello jurídicamente viable con arreglo a lo dispuesto en el art. 207 de la LRJS?

De forma incidental, y sin que se alcance a entender qué impacto puede tener sobre la resolución del litigio, la Sala afirma a continuación, antes de adentrarse en si ha habido o no negociación, y si la empresa cumplió con las obligaciones fijadas de entrega de una determinada información económica, que la Directiva de 1998 excluye de su ámbito de aplicación (art. 1.2 b) "a los trabajadores de las administraciones públicas o de las instituciones de Derecho público (o las entidades equivalentes en los Estados miembros en que no conozcan esta noción)". Y digo que no alcanzo a entender qué sentido tiene aquí recordar este precepto si justamente gran parte de la argumentación de la propia Sala, y no podría ser de otra forma al responder al recurso y al examinar la sentencia de instancia, se basa en la aplicación de la normativa estatal de aplicación del procedimiento de despidos colectivos a las Administraciones Públicas y al sector público en general, posibilidad que encontraría apoyo jurídico (y que no recuerdo que hasta ahora hubiera sido criticada o rechazada ni por el TS ni

tampoco por la AN y los TSJ) en el art. 5 de la propia Directiva ("La presente Directiva no afectará a la facultad de los Estados miembros de aplicar o de introducir disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores o de permitir o de fomentar la aplicación de disposiciones convencionales más favorables para los trabajadores").

Porque ciertamente lo que hace la Sala inmediatamente a continuación es analizar la disposición adicional vigésima de la LET y su concepto de causa económica, con mención expresa a la insuficiencia presupuestaria sobrevenida como causa que diferencia la actuación de un ayuntamiento, por referirme ahora al caso concreto enjuiciado, de la de una empresa del sector privado. Y sigue después su examen del conflicto, siempre a partir del recurso, con el análisis de la documentación aportada, que considera que, aunque fuera una "incompleta información inicial", durante el período de consultas, con las nuevas aportaciones de aquellos que califica como "detallados informes de la interventora del Ayuntamiento", y que la Sala de instancia valoró de forma radicalmente contraria, la representación laboral dispuso de información suficiente para poder negociar en tiempo y forma útil; o por decirlo con las propias palabras de la sentencia, tras los dimes y diretes sobre la información necesaria, se llega a la conclusión de que "existía base para poder llegar, en su caso, a soluciones pactadas".

La Sala insiste en una tesis ya recogida en su sentencia de 27 de mayo de 2013 y que también había sido antes acogida por la AN y algunos TSJ, esto es que si la representación laboral demanda una determinada información adicional a la presentada por el empleador debe indicar expresamente cuál es la relevante para poder negociar, y que si no se ha hecho así no cabe imputar responsabilidad al empleador, si bien esta tesis, permítanme ahora también una afirmación que puede parecer redundante, no excluye que la parte empresarial esté obligada a presentar toda la información necesaria para poder llevar a cabo un adecuado y útil período de consultas.

La Sala reitera su tesis, ya apuntada, de que el empleador público facilitó la información necesaria y que negoció de buena fe sobre aquello que era posible motivar, dando respuesta motivada a las propuestas de la parte trabajadora. Hay aquí un claro reforzamiento de la aceptación de la inamovilidad de la decisión empresarial inicial, pues no de otra forma cabe entender que la motivación existe aunque la respuesta "no supusiera, en efecto, una variación respecto a la posición inicial del empleadora", basando su respuesta la Sala, también con reiteración de lo antes expuesto, en que debido a su naturaleza y régimen jurídico aplicable "tiene más dificultades jurídicas para negociar gran parte de las referidas medidas". Dificultades que a mi parecer no impiden buscar fórmulas imaginativas y que puedan encontrar un punto de equilibrio entre las partes.

La Sala rechaza la tesis de instancia de que deba cumplirse por la empleadora la presentación de documentación citada en las Órdenes por las que se aprueban los modelos básico, normal y simplificado, de contabilidad local, porque entiende que se trata de una normativa aplicable al supuesto laboral concreto de despidos colectivos y porque la normativa laboral aplicable no obligaría a su aportación "en contra de lo que al respecto parece sostener la sentencia impugnada", y argumenta, supongo que a modo de obiter dicta con el que pretende reforzar su argumentación, que la parte empresarial facilitó la información que después ha sido recogida como obligatoria por el RD 1483/2012.

f) Como conclusión, la Sala entiende que la recurrente presentó la documentación a la que estaba legalmente obligada y que negoció de buena fe, con tesis como puede comprobarse radicalmente contraria de la defendida en instancia. Pero, dado que la declaración de nulidad de los despidos llevó al TSJ a no entrar en la valoración de la existencia o no de las causas económicas alegadas por la empresa, y ante las dudas que le suscitan unos hechos probados, del quinto al octavo, "de difícil interpretación", acuerda devolver las actuaciones a la Sala de instancia para que, aceptando que la empleadora ha cumplido con los requisitos formales ("partiendo del efectivo respeto a lo previsto en el art. 51.2 del ET por parte de la entidad demandada"), resuelva sobre la existencia de la causa económica alegada.

En definitiva, se trata a mi parecer de una sentencia que realiza grandes declaraciones sobre la aplicación de preceptos constitucionales pero que se apoya después en la normativa específica de aplicación y con una reinterpretación de los hechos probados de la sentencia de instancia altamente criticable en cuanto que no se revisaron tales hechos.

Una notabreve sobre los dos votos particulares. El primero está suscrito por los magistrados José Luis Gilolmo y José Manuel García de la Serrana y defiende que el TS debió entrar a conocer "de la totalidad de las actuaciones planteadas en el recurso" por considerar que en la sentencia recurrida ya se disponía de la información necesaria para resolver sobre la existencia de la causa y que por ello hubiera debido entrarse para respetar los principios informantes del proceso laboral de celeridad y economía procesal. Entienden los magistrados que la Sala de instancia se pronunció implícitamente sobre la consideración de los despidos como no ajustados a derecho por no concurrir las causas alegadas, y de ahí que había base jurídica no sólo para rechazar la nulidad de los despidos sino también para entrar en el examen de las causas, dejando apuntada obiter dicta su tesis de que el TS hubiera podido considerar la procedencia, es decir el carácter ajustado a derecho, de tales despidos, con afirmaciones que cuestionan la tesis de la sentencia de instancia sobre la aplicación de determinadas partidas presupuestarias.

En cuanto al segundo voto particular, formulado por la magistrada Rosa Virolés, se defiende la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida. El voto reproduce gran parte de las tesis de la resolución judicial de instancia, y subraya que del conjunto de los hechos probados se evidenció claramente "una falta de voluntad negociadora de la Corporación, al mantener una postura de imposición rígida y sin cesión alguna respecto de su decisión, ya adoptada, sin ofrecer alternativas ni dilucidar sobre las medidas propuestas", y que tampoco se respetó la obligación de negociar de buena fe en los términos que ya ha recogido una abundante doctrina jurisprudencial, que sintetiza en la sentencia de la Sala de 16 de noviembre de 2012 y que se configura, dicha negociación, "no como un mero trámite preceptivo… sino como una verdadera negociación… que debe llevarse a cabo por ambas partes de buena fe…".

4. La tercera sentencia de la saga del Ayuntamiento canario de La Oliva es la dictada por laSalade lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias (sede LasPalmas) el 28 de agosto, de la que fue ponente el magistrado Ignacio Duce, notificada a las partes el 12 de septiembre. Vayamos ya a sus contenidosmás destacados.

A) Como el TS afirmó que los hechos probados quinto al octavo les suscitaban dudas por su "difícil interpretación" y por dicho motivo devolvía las actuaciones a la Sala para que "resolviera sobre la existencia de la causa económica alegada, el TSJ debe pronunciarse sobre la petición subsidiaria formulada en la demanda.

Si comparamos los hechos probados de la primera sentencia con los de la tercera, nos encontramos en esta última con un hecho primero totalmente nuevo, en el que se explica con mucho detalle la aprobación del plan de ajuste para el período 2012-2022, informado favorablemente por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, y las cifras de las liquidaciones presupuestarias detalladas en el Plan para los ejercicios 2010 y 2011 (años que habrá que tomar como referencia a los efectos de determinar la situación económica municipal previa a la tramitación de los despidos colectivos). El remanente de tesorería total para 2010 fue de 10.507.966,07 €, para 2011 de 8.943.080,77 €, y para el segundo trimestre de 2012 ".. aumentó al menos en 7.718.518,71 € para pago a proveedores, en cuya cantidad disminuyó el importe de las obligaciones reconocidas no pagadas".

También es nuevo el hecho probado cuarto, en el que se recogen los nombres de las personas que integraban la comisión negociadora por la parte trabajadora y por la corporación. En los hechos probados sexto a noveno encontramos una información muy detallada, y mucho más amplia que en la primera sentencia, sobre los informes de evaluación del cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria emitidos por la interventora accidental del ayuntamiento con motivo de la aprobación de la liquidación de los presupuestos de 2010 y 2011, el estado de ejecución del presupuesto de la

corporación a 24 de mayo de 2012, y los datos sobre presupuestos de ingresos y gastos para los ejercicios 2010, 2011 y el primer trimestre de 2012 que se incorporan en "la conclusión final de la memoria acompañada por el Ayuntamiento demandado a la comunicación inicial del período de consultas". El contenido restante es idéntico en los hechos probados de la primera y tercera sentencia, por lo que me interesa destacar el esfuerzo realizado por la Sala, en cumplimiento de la sentencia del TS, para que los hechos probados recojan toda la información económica necesaria para poder dar debida respuesta a la existencia o no de la causa que justificara el despido colectivo.

B) En los fundamentos jurídicos la Sala pasa revista en primer lugar a cuál es la normativa aplicable, es decir la nueva disposición adicional vigésima de la LET, añadida por el RDL 3/2012, y el art. 51 de la LET en la nueva redacción dada por el citado RDL, dado que el inicio de la tramitación del despido colectivo se produjo mediante la comunicación de la Alcadesa-Presidenta de la corporación el día 11 de junio (antes, pues, de la entrada en vigor de la Ley 3/2012, resultante de la tramitación parlamentaria como proyecto de ley del RDL 3/2012). También se hace referencia al RD 801/2011 de 10 de junio, y en concreto al art. 6, apartados 1 y 2, que regulan la justificación del despido por causas económicas y la documentación a aportar por la empresa, en la que deberá presentar "la cuentas anuales de los dos últimos ejercicios económicos completos". Igualmente, son objeto de atención por su incidencia sobre el caso los apartados 1y 2 del art. 3, y el art. 4, de la Ley Orgánica 2/2012 de estabilidad presupuestaria y estabilidad financiera. Estamos en consecuencia en un debate sobre estabilidad presupuestaria y la insuficiencia sobrevenida que pueda darse para poder financiar los servicios públicos.

Una vez situado el marco jurídico en el que se desarrolla el conflicto, es el momento de analizar la concurrencia o no de la causa económica, es decir si se ha producido la insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos, que en cualquier caso existirá si la misma se produce durante tres trimestres consecutivos. A partir de aquí la Sala entra en un detallado análisis de los datos a los que ha hecho referencia detallada en los hechos probados, no sin antes señalar que los datos de 2011 a tomar en consideración serán los del presupuesto anual dada justamente "la periodicidad presupuestaria anual", y de los datos disponibles concluye que la situación del ayuntamiento en el citado ejercicio "no era de insuficiencia presupuestaria sino de superávit y por tanto de estabilidad presupuestaria...".

Sin duda, este es un dato que va a condicionar la decisión final de la Sala, con una cuidada argumentación que centra gran parte del contenido del fundamento jurídico segundo, pero no menos importante, y hasta donde mi conocimiento alcanza es la primera vez que leo estas manifestaciones de un tribunal en un procedimiento de despido colectivo en el sector público, son las duras críticas vertidas a la actuación de la Interventora accidental, y en concreto a su informa de evaluación del cumplimiento del objetivo de estabilidad para 2011, acusándola nada más ni nada menos, de incluir "un artificioso ajuste" de datos económicos, datos, sigue afirmando con contundencia la Sala, "parciales, ajenos al expediente y específicamente preconstituidos" para concluir que se incumplía por el Ayuntamiento el objetivo de estabilidad.

Vale la pena reproducir un párrafo del citado fundamento jurídico para comprobar los términos muy duros en que se manifiesta la Sala sobre la actuación contraria a derecho de la interventora accidental: "De todo lo hasta ahora razonado se deduce que, según los datos objetivos presentados por la Corporación ante el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, su situación era en 2011 de superávit con estabilidad presupuestaria, como no pudo por menos de confirmar la Interventora Acctal, aunque intentando aparentar artificiosamente mediante otros datos adicionales elaborados con vistas a la consecución de la iniciativa municipal, una inexistente insuficiencia presupuestaria, negada en cualquier caso por la liquidez derivada del elevado Remanente de Tesorería acreditado e incluso por la pasividad con la que se afrontó en el mismo Informe la inmediata obligación, legalmente exigida, de presentar un Plan Económico Financiero de Reequilibrio ante el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, que tendría como consecuencia la imposición de un seguimiento y control posterior con impedimento de nueva financiación y desarrollo de proyectos".

Y si no bastara la referencia anterior a la estabilidad presupuestaria en 2011, añade a continuación la Sala que de los datos recogidos en los hechos probados también se comprueba aquella en los resultados económicos del primer trimestre de 2012. En consecuencia, los datos incorporados por el gobierno de la corporación local a la memoria justificadora de los despidos colectivos tenían "falta de adecuación a la realidad", con la única finalidad de conseguir el resultado perseguido por la empresa durante el período de consultas, es decir demostrar la razón de ser de la necesidad de proceder a la extinción de 46 contratos de trabajo. Desde luego, la Sala tiene muy claro, a partir de estos datos, que la memoria no contenía los datos necesarios para proceder a una negociación en forma y tiempo útil entre las partes, y de ahí debería concluir, como hizo en la primera sentencia, la actuación fraudulenta de la empresa y la consiguiente declaración de nulidad de su decisión extintiva, pero no puede hacerlo ya que para el TS sí se desarrolló una negociación de buena fe, y porque la devolución de las actuaciones a la Sala se produjo con un determinado límite, el de poder sólo entrar a resolver sobre la existencia o no de las causas económicas aducidas por la empresa.

Sigue siendo muy dura la Sala con respecto al "blanqueo" de datos facilitados por la corporación también para el año 2010, y concluye que el déficit especificado en la memoria era "carente de justificación, convenientemente establecido para el éxito del despido colectivo y esencialmente discordante con aquellos resultados de la liquidación presupuestaria acreditados por la Intervención Municipal a requerimiento de la Autoridad Laboral y presentados también ante el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, que, junto a las correspondientes a la liquidación del presupuesto de 2011 sirvieron para justificar el Plan de Ajuste 2012-2022, mediante el que se accedió al mecanismo especial de financiación para pago a proveedores, cuyo primer logro fue la obtención de 7.718.518, 71 € en el segundo trimestre de 2012, el cual vino a incrementar el Remanente de Tesorería para Gastos Generales del que en dicho ejercicio disponía la Corporación por importe de 3.046.267, 00 € y dando lugar por tanto a una continua mejora de dicho Remanente como confirmó el Auditor de Cuentas del Gobierno de Canarias declarante en juicio".

La conclusión de todo lo anteriormente expuesto es que en ningún caso hubo insuficiencia presupuestaria ni en 2010, ni en 2011 ni tampoco en el primer trimestre de 2012, por lo que no ha quedado acreditada la concurrencia de la causa extintiva alegada.

5. Contra la segunda sentencia delTSJ canario se interpuso recurso de casación por la Corporación Local, conalegación de motivos basados en los apartados c) y d) del art. 207 de la LRJS, es decir, 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, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte", y por " 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". De forma harto sorprendente a mi parecer, y también para el TS, el recurso no alega infracción de la normativa y jurisprudencia aplicable, cuando la sentencia del TSJ basó su fallo en un cuidadoso estudio jurídico de la normativa económico-presupuestaria de aplicación a las Corporaciones Locales. El TS, como ya he indicado con anterioridad, desestimará el recurso de casación, en los mismos términos que se pronunció el Ministerio Fiscal en su informe y declaró la firmeza de la sentencia recurrida.

Tras los antecedentes de hecho, en los que se recogen todos los hechos probados de la sentencia del TSJ canario de 28 de agosto de 2014, la Sala entra en el estudio jurídico de caso y recuerda con mucha brevedad que el litigio tiene su origen en el despido colectivo acordado por el ayuntamiento el 25 de julio de 2012, con los avatares judiciales que han llevado a que el alto tribunal deba ahora conocer de la sentencia del TSJ que declaró no ajustadas a derecho las extinciones de 46 trabajadores "al no existir la insuficiencia presupuestaria alegada, sino superávit gracias al Remanente de Tesorería acreditado, concepto que la demandada pretendía ocultar artificiosamente con base en el informe de la Interventora Accidental" (fundamento de derecho primero).

En el fundamento de derecho segundo la Sala procede a dar respuesta, desestimatoria, al primer motivo del recurso, basado en el art. 207 c) LRJS. De la lectura de la sentencia del TS cabe deducir que el recurso no estuvo precisamente muy bien argumentado en este punto, ya que no basta con la cita genérica del citado precepto, debido a que hay que explicar y argumentar qué preceptos legales han sido los infringidos por la sentencia, y mucho menos cuando la infracción genéricamente alegada no ha existido. Recuerdo que cuando leí la sentencia del TSJ canario me llamó la atención, y así lo destaqué, su cuidada argumentación y detallada respuesta a todas las cuestiones planteadas por las partes, cumpliendo pues plenamente con las obligaciones formales establecidas tanto en la normativa procesal laboral (art. 97.2 LRJS: "La sentencia deberá expresar, dentro de los antecedentes de hecho, resumen suficiente de los que hayan sido objeto de debate en el proceso. Asimismo, y apreciando los elementos de convicción, declarará expresamente los hechos que estime probados, haciendo referencia en los fundamentos de derecho a los razonamientos que le han llevado a esta conclusión, en particular cuando no recoja entre los mismos las afirmaciones de hechos consignados en documento público aportado al proceso respaldados por presunción legal de certeza. Por último, deberá fundamentar suficientemente los pronunciamientos del fallo") como la supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 218: "1. Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate. 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. 2. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón. 3. Cuando los puntos objeto del litigio hayan sido varios, el tribunal hará con la debida separación el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos").

Para la Sala, no estamos en presencia de una vulneración formal por parte de la sentencia de instancia, sino de una diferente valoración efectuada por la parte recurrente de aquella realizada por la Sala a partir de los hechos declarados probados. Ahora bien, resolver la discrepancia sobre tal diferente valoración, señala correctamente la Sala, "requiere la celebración de un juicio de valor en el que se apliquen las normas que regulan tanto la contabilidad presupuestaria de los Ayuntamientos y el concepto y tratamiento del llamado Remanente de Tesorería, como las que regulan el periodo de tiempo en el que se debe producir la insuficiencia presupuestaria que justifica los despidos". Estamos, en consecuencia, ante un debate jurídico sustantivo o de fondo y no meramente formal, dado que la distinta valoración de los hechos probados podría llevar, si se comprobara la infracción de la normativa o jurisprudencia aplicable, a la estimación del recurso, pero ello será imposible porque no se ha planteado tal infracción jurídica. Es decir, estamos ante una discusión y debate jurídico sustantivo, y por ello argumenta la Sala que "los posibles errores en la calificación de la forma de operar el Remanente a Tesorería y de computar el periodo de insuficiencia presupuestaria no son constitutivos de incongruencia, porque una cosa son los hechos declarados probados, donde no pueden contenerse juicios de valor, y otra su calificación, operación cuyo resultado se controla en el recurso por la vía antes indicada del error de derecho".

A continuación (fundamento de derecho tercero) la Sala se detiene en el examen del segundo motivo del recurso, la revisión de hechos declarados probados, en el que la parte recurrente pide la adición de algunos contenidos al hechos primero, que consisten sustancialmente según explica el TS "en añadir extractos de la Memoria redactada por la demandada para iniciar el expediente de despidos colectivos, manifestaciones de determinado perito auditor y de la interventora del Ayuntamiento y determinada norma, sin concretar, que se contiene en la Ley 3/1999 del Fondo Canario de Financiación Municipal".

La desestimación del recurso, en los términos que está planteado, parece obligada a mi parecer, y en efecto esa es la tesis del TS. En primer lugar, la petición relativa a la inclusión de textos normativos carece de sentido porque las normas son conocidas públicamente y por ello "no es necesario que figure en el relato de hecho probados"; en segundo lugar, la revisión sólo puede basarse en prueba documental, no siendo válida la prueba pericial con independencia de la calidad técnica del perito. En fin, los hechos probados deben quedar suficientemente acreditados y sin contener juicios de valor, no aceptando el TS que la petición de revisión pueda fundarse en documento de parte, "…máxime cuando se trata de reproducir juicios de valor sobre las motivaciones que llevaron a acordar los despidos colectivos y la existencia de insuficiencia presupuestaria por tener en balance saldos de dudoso cobro, extremos que se pueden probar con otros documentos…".

Aquí podría concluir el examen jurídico de la TS para fallar la desestimación del recurso de la parte empresarial, ya que ha dado respuesta a los dos motivos alegados,

pero no es así ya que la Sala dedica el fundamento de derecho cuarto a reflexionar sobre el (inexistente) motivo basado en el art. 207 e) LRJS, esto es sobre la infracción de la normativa y jurisprudencia aplicable al caso. Más que reflexionar, me parece que el alto tribunal está "construyendo" en el párrafo tercero aquello que hubiera podido ser el motivo del recurso, pero tras esa construcción teórica de un recurso no planteado por la parte, vuelve inmediatamente a la realidad procesal y recuerda que el recurso de casación tiene carácter extraordinario y que el tribunal no puede, jurídicamente hablando, suplir las omisiones de las partes y construir de oficio el recurso, ya que de actuar de esta manera "violaría el principio de igualdad de las partes y dejaría indefensa a la parte que no hubiese podido impugnar los argumentos que se diesen ex novo"; es decir, si actuara de esta forma, además de contrariar lo preceptuado en la regulación del recurso de casación en el LRJ, su actuación "„, sería contraria al principio constitucional de tutela judicial efectiva que establece el artículo 24 de nuestra Constitución…".

Desde luego, no se queda corto el fundamento de derecho en la explicación de cuál hubiera podido ser la argumentación del recurso por infracción legal y jurisprudencial, ya que en primer lugar señala, con reiteración de argumento anterior, que la recurrente planteó incorrectamente la posible infracción de normas esenciales del procedimientoporque aquello que hubiera debido plantear era, al amparo del art. 207 e) LRJS, la infracción legal, más exactamente qué artículos eran los vulnerados de la Ley 39/1999, de 4 de febrero del Fondo Canario de Financiación Municipal que regulan el Remanente de Tesorería…", que es la única norma mencionada en la petición de revisión de hechos probados. Y en segundo término, reparen en esta explicación o argumentación de la Sala en donde quizás no esté "construyendo de oficio el recurso", pero sí desde luego se acerca mucho a tal construcción: "Este Tribunal no ignora que el Remanente de Tesorería es un indicador económico de la situación financiera de las haciendas locales que tiene su origen en las normas contables contenidas en los artículos 191-2, 193, 193-bis y demás concordantes de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, y 101 a 105 del Real Decreto 500/1990 que los desarrollan sobre el particular, así como en la Orden de 23 de noviembre de 2004 que fue derogada por la de 20 de septiembre de 2013, por las que se han dado instrucciones para la contabilidad de las haciendas locales. También conoce que en esas disposiciones se desarrolla el concepto contable de Remanente de Tesorería que puede ser positivo o negativo y, que existen normas reguladoras de la forma de integrar y minorar el Remanente de Tesorería por créditos impagados". En fin, después de este amplio excursus doctrinal obiter dicta, la Sala vuelve al marco normativo de aplicación para constatar que el recurso "no ha alegado la infracción de esos preceptos, ni la forma en la que se debieron aplicar en el presente caso y esta omisión obliga a desestimar las alegaciones se efectúan al respecto sin sujeción a las formalidades legalmente establecidas".

6. Quizás para ayudar a entender mejor esta amplia argumentación doctrinal obiter dicta de la Sala, que no tiene a efectos prácticos más valor que el de poner de manifiesto la deficiente construcción jurídica del recurso, sea conveniente recordar que el ponente de la sentencia ahora comentada formuló voto particular junto con otro magistrado de la Sala a la sentencia dictada por el TS (segunda de la saga) el 18 de febrero de 2014 con estimación parcial del recurso empresarial contra la sentencia del TSJ canario de 19 de diciembre de 2012 y devolución a este de las

actuaciones para que dictará nueva sentencia sobre la existencia o no de las causas aducidas por la parte empresarial para proceder a los despidos colectivos ante la insuficiencia de los hechos probados para que el alto tribunal hubiera podido pronunciarse también sobre este punto.

En efecto, los magistrados José Luís Gilolmo y José Manuel López estuvieron plenamente de acuerdo en el fallo de la sentencia respecto a estimar la inexistencia de causas de nulidad, y por tanto de acuerdo con la estimación del recurso en este punto, pero no con la devolución de actuaciones por entender que la Sala podía haber entrado a resolver sobre el fondo de la cuestión, es decir sobre la existencia o no de la causa empresarial ya que los hechos probados, "esencialmente en ordinales 4º, 5º y 6º (en los que se da cuenta, aunque posiblemente de un modo incompleto o parcial, del contenido de los Informes de la Intervención de la Corporación, unidos ambos como documentos nº 19 y 20 de los aportados por el Ayuntamiento, y de la conclusión final de la Memoria acompañada a la comunicación inicial del despido colectivo, todos ellos instrumentos oficiales y públicos en la medida en que fueron emitidos por los funcionarios encargados de su elaboración..)", permitían hacerlo, y por tanto la decisión de la Sala la entendían "contraria al principio legal de celeridad ( art. 74.1 LRJS ) y al tradicional de economía procesal que desde su nacimiento han regido en el proceso laboral".

En la argumentación del voto particular parcialmente discrepante se acepta implícitamente que el TSJ consideraría no ajustada a derecho la decisión empresarial si hubiera entrado a conocer de ella, mientras que me parece que no sería éste el parecer de los firmantes del voto si atendemos a estas manifestaciones vertidas en su texto: "… En consecuencia, ya fuera para confirmar esa implícita pero clara conclusión, ya fuera para, en su caso, alcanzar la contraria (por ejemplo, porque, a la vista de los déficits presupuestarios de todo el año 2011 [-2.536.107,50 #] y del primer trimestre de 2012 [-2.166.036,10 #] que se deducen de los hechos probados 5º y 6º, respecto de los cuales podría resultar, cuanto menos, dudosa la deducción que la sentencia impugnada parece aplicar a una partida extraordinaria [7.718.518,71 #] como consecuencia de un crédito obtenido, en virtud de norma con rango legal, directa y específicamente, para el pago a proveedores de las administraciones locales, cuando, en cumplimiento de la ley, tal vez debería imputarse a otros conceptos)…".

7. Concluyo. ¿Aquí termina la saga de los despidos colectivos del Ayuntamiento de la Oliva iniciada en julio de 2012? Parece que sí, y ahora comienza la de los despidos individuales, o más exactamente la de su impugnación.

Mientras tanto, buena lectura de la sentencia del TS de 21 de julio.

***2.2.17. Otro ayuntamiento canario ante el Tribunal Supremo. Despido colectivo ajustado a derecho por cese de actividad de servicios no obligatorios de la corporación local. Una nota a la sentencia del TS de 20 de mayo (caso Ayuntamiento Telde).***

1. Es objeto de anotación en esta entrada del blog la sentencia dictada por la Sala de loSocial del Tribunal Supremo el 20 de mayo, de la que fue ponente el magistrado Jesús Souto. La resolución del alto tribunal desestima, en los mismos términos que el informe emitido por el Ministerio Fiscal, el recurso de casación interpuesto por la parte trabajadora contra la sentencia dictada el 13 de mayo de 2014 porla Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias,de la que fue ponente el magistrado Humberto Guadalupe, que desestimó la demanda interpuesta por la presidenta del comité de empresa del Ayuntamiento de Telde contra la decisión empresarial de proceder al despido colectivo de 53 trabajadores y la declaró ajustada a derecho.

El resumen oficial de la sentencia es el siguiente: "Despido Colectivo Ayuntamiento de Telde (ajuste presupuestario derivado de la crisis económica, con cambio de modelo de gestión, intentando la externalización del servicio de guarderías en las Escuelas Infantiles). Afectación del personal que prestaba servicios en tales escuelas. Se desestima la pretensión de nulidad basada en no haberse seguido procedimiento administrativo para la decisión extintiva tomada; en la no realización del periodo de consultas ni haberse negociado de buena fe por falta de aportación documental. Se desestima el motivo sobre falta de concurrencia de causa legal para el despido -insuficiencia

presupuestaria acreditada-. Se desestima el recurso y confirma la sentencia de la Sala del TSJ, que desestimó la demanda y declaró ajustado a derecho el despido colectivo".

2. El Ayuntamiento de Telde es el tercero, al menos hasta donde mi conocimiento alcanza, de los ayuntamientos canarios que llegan hasta el TS en razón de conflictos laborales derivados de las decisiones empresariales de proceder a despidos colectivos con alegación de causas económicas y organizativas. En anteriores entradas he analizado la sentencia de 16 de abril, sobre los despidos en el ayuntamiento de Galdar, y mucho más recientemente la sentencia de 21 de julio que resolvió sobre las extinciones producidas en el ayuntamiento de La Oliva.

2. En la sentencia del TS su antecedente de hecho cuarto recoge los hechos probados que de forma casi exhaustiva a mi parecer se plasmaron en la sentencia de instancia y que significan el 50 % de las páginas de la sentencia (6 y 12, respectivamente). El asunto litigioso gira nuevamente sobre los problemas económicos de las corporaciones locales y la aprobación de planes municipales para ajustarse, a partir de 2012, a la normativa sobre estabilidad presupuestaria, en concreto el Real Decreto-ley 4/2012, de 24 de febrero, por el que se determinan obligaciones de información y procedimientos necesarios para establecer un mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las entidades locales. Tal como se explica en su preámbulo las entidades locales que se acojan al nuevo mecanismo de financiación deberán poner en marcha un plan de ajuste que permita garantizar la sostenibilidad financiera de la operación y que, atención, "deberá ser valorado favorablemente por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas para que quede autorizada la concertación de la operación de endeudamiento". Por si hubiera alguna duda de la importancia del plan de ajuste, el preámbulo enfatiza que deberá ser "la referencia ineludible para la elaboración de los presupuestos generales de las entidades locales en los ejercicios que se correspondan con el período de amortización de aquella operación de endeudamiento". Pues bien, a efectos del impacto de la norma sobre los trabajadores de las entidades locales, el artículo 7 es de obligada lectura y seguimiento detallado, en cuanto que fija la obligación de la corporación local de llevar a cabo un "plan de ajuste" que condicionará la aprobación de los presupuestos generales anuales, ya que estos deberán "ser consistentes" con el citado plan, permitiéndose además que en el Plan se incluya "modificación de la organización de la corporación local", plan que debe recibir el visto bueno del Ministerio, totalmente necesario ya que sólo en tal supuesto "se entenderá autorizada la operación de endeudamiento prevista en el artículo 10", es decir una operación a largo plazo cuyas condiciones financieras "serán fijadas por Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos".

El hilo conductor del conflicto gira alrededor de la medida 15 prevista en el plan de ajuste, en concreto "reducción de prestación de servicios de tipo no obligatorio", y de la medida 16, estrechamente vinculada a la anterior, "cambio en el modelo de gestión de las escuelas infantiles, pasando a ser indirecta…, si bien más adelante se informa de que las licitaciones abiertas para la concesión de la gestión indirecta de las escuelas infantiles municipales (en cuyo pliego de condiciones se establecía que la empresa adjudicataria se subrogaría como empleadora del personal) resultaron desiertas. En los hechos probados se explica la tramitación del despido colectivo desde la comunicación de la empresa al comité el 19 de agosto de su voluntad de iniciar la tramitación del despido colectivo, con escrito el 28 de agosto de 2013 para el inicio del período de consultas, con celebración de la primera reunión el 2 de septiembre y la última, sin acuerdo, el 28 del mismo mes, con comunicación de la decisión empresarial a la autoridad laboral el día 30. En este punto me parece de interés reseñar el hecho probado vigésimo sexto, en el que se recoge el comunicado emitido por el ayuntamiento en julio de 2013: "Por la presente se notifica, que por cambios en el modelo de gestión de las Escuelas Infantiles Municipales, se cerrarán a partir del 31 de Julio de 2013. Una vez se resuelvan los concursos correspondientes, se notificarán las nuevas fechas de apertura. Ciudad de Telde, a veintiséis de Julio de 2013.". Además se comunica a los trabajadores de las Escuelas Infantiles que se les exonera de la Obligación de acudir al puesto de trabajo, con efectos 1.9.2013 (hecho conforme)". Igualmente, conviene hacer referencia al informe emitido por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en el que

se manifestó que el ayuntamiento presentó toda la documentación a que estaba obligado, y que había quedado acreditada la existencia de la causa económica alegada.

3. Contra la sentencia de instancia se interpuso recurso de casación para solicitar la nulidad de esta o bien la improcedencia de los despidos efectuados, con alegación de cinco motivos en los que se solicita revisión de hechos probados y tres en los que se argumenta la infracción de la normativa y jurisprudencia aplicable. Antes de proceder a su examen, el TS realiza una buena síntesis del conflicto y del contenido de la demanda presentada por la presidenta del comité de empresa y por el "legal representante de UGT de Canarias", recordando las alegaciones expuestas en aquella, consistentes por una parte en el incumplimiento del requisito de persistencia de la insuficiencia presupuestaria, así como también del requisito de ser sobrevenida; por otra, en la necesidad de tomar en consideración la situación económica del ayuntamiento en su conjunto y no sólo la relativa al ámbito de prestación de servicios en las escuelas infantiles municipales, y la falta de justificación de las medidas extintivas vinculadas a las causas organizativas alegadas; por fin, la inexistencia de período de consultas y el incumplimiento de entrega de la documentación a que legalmente está obligada la empresa ex art. 51.2 de la Ley del Estatuto de los trabajadores, así como también "que no se ha seguido el procedimiento administrativo en la decisión del despido colectivo".

Inmediatamente a continuación, el TS efectúa una síntesis de los razonamientos jurídicos de la sentencia de instancia que rechazó todas las argumentaciones de los demandantes y estimó que se había respetado la tramitación prevista en la normativa procesal laboral vigente (art. 124 LRJS), que existió un auténtico período de consultas,

con propuestas por ambas partes y voluntad real de la empresa de buscar soluciones pactadas por mucho que las posturas de ambas partes estuvieran muy alejadas, "… pero la distancia enorme de planteamiento no supone que no exista buena fe, ni que no se haya celebrado el período de consultas", así como también que quedó probado que fue entregada a la parte trabajadora la documentación obligatoria para poder llevarse a cabo el período de consultas en adecuadas condiciones para la negociación por ambas partes. Igualmente, la sentencia de instancia entendió que sí existía una grave crisis económica en el ayuntamiento que provocó la insuficiencia presupuestaria, y que ante las deudas contraídas adoptó un plan de ajuste que afectó a servicios no obligatorios, en el bien entendido, recuerdo ahora, que se trató del despido de 53 trabajadores fijos de la plantilla.

4. Todas las peticiones de revisión de hechos probados son desestimadas por la Sala, que concluye que la valoración de la prueba ha sido realizada con rigurosidad por la sentencia de instancia y que no puede ser sustituida por el criterio del recurrente. En las alegaciones de la parte recurrente (vid fundamento de derecho segundo) se intenta la revisión para que quede acreditada la falta de voluntad negociadora de la empresa en razón de, por ejemplo, su negativa a la petición de la representación trabajadora de retrasar el inicio del periodo de consultas para la primera quincena de septiembre, o sus manifestaciones durante el período de consultas de la razón de extinción de los contratos del personal que prestaba sus servicios en las escuelas infantiles municipales y la decisión adoptada por causa organizativa; también, la inexistencia de causa económica partir de la prueba pericial presentada por la entonces demandante, y la inexistencia de ahorro con la decisión de extinción de los contratos. En todos los casos, repito, la Sala acude a la valoración objetiva de la prueba efectuada por el TSJ canario, aprecia la solidez de su argumentación y la falta de carencia de dicha solidez en las alegaciones de la recurrente, por lo que concluye que los razonamientos del TSJ no pueden ser sustituidos por las valoraciones subjetivas del recurrente. En especial, me interesa resaltar la respuesta que dio la sentencia de instancia a la alegación de la demandante sobre la inexistencia de causa económica, afirmando en su fundamento de derecho cuarto, tras haber llevado a cabo, como bien dice el TS, "una extensa valoración de la prueba y de las finalidades de los servicios públicos y de su rentabilidad social", que "La razón, pues, del cierre no puede ser la no rentabilidad del servicio, sino la situación de la grave crisis económica que atraviesa el Ayuntamiento, apareciendo el cierre de las Escuelas fundado en la causa económica de la insuficiencia presupuestaria sobrevenida".

5. Es ya el momento de pasar al examen de las alegaciones jurídico sustantivas o de fondo, es decir de qué preceptos, tanto del ordenamiento laboral como del administrativo, considera vulnerados por la sentencia de instancia. El primer motivo versa sobre la pretendida vulneración de la Ley 7/1985, reguladora de las bases de régimen local (arts. 22, 123 1 h y 127.1 a, g y h), y de la Ley 30/1992, reguladora del procedimiento administrativo (art. 62). La Sala hace suyo el razonamiento del TSJ canario respecto al cumplimiento escrupuloso de lo dispuesto en la normativa laboral de aplicación, art. 124 de la LRJS, que se inició tras la aprobación en sede administrativa de un plan de ajuste que incluía dejar de prestar los servicios que, de forma directa, venía prestando hasta entonces de las escuelas infantiles municipales. No ha habido impugnación del acto administrativo por el que se formó la voluntad de la Administración para llevar a cabo después la medida aprobada, recuerda el TS, y con respecto a la actuación del ayuntamiento en el conflicto laboral propiamente dicho la Sala hace suyo el razonamiento del TSJ de que en el caso de los despidos colectivos "la Administración no actúa como sujeto de derecho administrativo, aplicando normas administrativas, sino como empleador sujeto a la normativa laboral, sin perjuicio del proceso administrativo de formación de su voluntad".

En el segundo motivo la recurrente alega la vulneración del art. 124.2 b) de la LRJS, por no haber cumplido la empresa, siempre según su parecer, con las obligaciones reguladas en el art. 51.2 de la LET, es decir entrega de documentación y celebración del período de consultas. En la sentencia del TS se expone que la parte recurrente alega igualmente que no se ha respetado "el procedimiento establecido en el art. 51.7 ET", pero dicho precepto se refiere a la tramitación del PDC en casos de fuerza mayor, por lo que supongo que debe tratarse de un error. La parte recurrente alega además vulneración del art. 23.2 de la Constitución y de los arts. 38 b) y 41 del RD 1483/2012, y destaca "que no existe criterio legal que permita distinguir entre servicios propios e impropios", además de insistir en la mala fe negocial de la empresa por haber comunicado el cierre de las escuelas antes de iniciarse el período de consultas.

Pues bien, la Sala rechaza todas las argumentaciones de la recurrente poniendo de manifiesto que al adoptar la empresa la decisión de proceder al cierre de las escuelas en caso de inexistencia, como así ocurrió, de sujetos jurídicos que presentaran ofertas de gestión indirecta en las licitaciones públicas convocadas a tal efecto, ello afectaba a todos los trabajadores y por consiguiente no se debatía a quién podía afectar o no, es decir no cabía acudir a criterios de selección.

Respecto a la falta de entrega de documentación la Sala recuerda su consolidada doctrina sentada desde las dos primeras sentencias de 20 de marzo y 27 de mayo de 2013 en cuanto a qué documentación debe aportarse, "aquella que resulte relevante a los efectos de que los representantes de los trabajadores puedan negociar, con cabal conocimiento, la existencia de las causas del despido -en este caso la insuficiencia presupuestaria". Inalterados los hechos probados, la lectura de los números decimoquinto y decimoctavo permiten concluir para la Sala, "primero con la inspección de trabajo, y luego con la sentencia recurrida, en que no hubo tal falta de aportación documental".

Sobre la inexistencia de buena fe negocial ya he expuesto cuál fue el parecer de la sentencia de instancia, que ahora es confirmado y ratificado por el TS, que a partir de los hechos probados expone que "la afirmación de los recurrentes cae por su base desde el momento en que no puede basarse en la falta de aportación documental, ni tampoco en una postura intransigente del Ayuntamiento..". En este punto, y con respecto al margen de actuación que tiene una administración, en su condición de empleadora, en un despido colectivo, recuerda la tesis defendida en la sentencia de 18 de febrero de 2014: "las Administraciones Públicas están sujetas a actuar con sumisión al principio de legalidad y por lo tanto tampoco tienen la misma libertad negociadora que un empresario privado". Reproduzco un breve fragmento de mi comentario a lacitada sentencia de 18 de febrero, la primera dictada por el TS en el conflictodel ayuntamiento de La Oliva: "…es partir del apartado 5 del fundamento jurídico tercero cuando la Sala va a ir introduciendo restricciones o limitaciones a las posibilidades de actuación de las Administraciones Públicas en cuanto a sus posibilidades de negociar en un período de

consultas, y sus consecuencia sobre qué deberá entenderse por respeto al principio de buena fe negocial, dado que si las posibilidades de negociación son mucho más limitadas que en el sector privado entonces el respeto al principio de buena fe no pasará necesariamente por la aceptación de propuestas de la parte laboral que podrían ser válidas en el sector privado pero que no tendrán cobertura jurídica para ser aceptada, y aplicada, por el empleador público. Dos frases muy claras de la sentencia resumen todo aquello que acabo de exponer: en primer lugar, que los límites constitucionales impuestos a las administraciones locales (se cita el principio de legalidad del art. 93, y las normas propias recogidas en los arts. 137 a 140, y me imagino que ya no se cita por dar por sabida su aplicación el art. 135.2) tienen como consecuencia que "su capacidad negociadora no es idéntica a la del ámbito privado"; y en segundo lugar que el respeto a tales preceptos implica una reconfiguración del principio de buena fe porque la autonomía de la voluntad negocial del empleador se encuentra "sensiblemente limitada, al menos en la medida en que no pueden acordar soluciones que incumplan normas de distribución competencial o de cualquier otro orden en el terreno administrativo, que, como es sabido, constituye una actividad reglada".

Por último, pero no menos importante, el tercer motivo del recurso versa sobre la pretendida inexistencia de las causas (económicas y organizativas) aducidas por la corporación local. En este punto, y tras insistir la Sala, como hizo en el examen de la petición de revisión de los hechos probados, en que la recurrente pretende "sustituir los criterios que en la valoración de la prueba mantiene la sentencia recurrida por las propias conclusiones del recurrente, que cuestiona los informes de la Intervención y de los Peritos..", hace suyas, y reproduce literalmente, las tesis de la sentencia de instancia respecto a la gravedad de la situación económica, la insuficiencia presupuestaria requerida por la normativa legal y reglamentaria vigente para proceder a los despidos, y por ello la conformidad a derecho de la decisión empresarial que, en el marco de un plan de ajuste, adopta "un conjunto de medidas de racionalización del gasto y de ahorro que incluye la externalización o en su caso el despido del personal de las escuelas infantiles".

### *2.2.18. Encomienda de gestión entre Administraciones. Insuficiencia presupuestaria. Mantenimiento de la actividad. Extinción de contratos para obra o servicio no ajustada a derecho. Nota a la sentencia del TS de 28 de abril.*

1. Anoto en esta entrada con mucha brevedad una nueva sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que he leído recientemente y que me parece útil poner a disposición de los lectores y lectoras del blog.

Se trata de la sentencia dictada el 28 de abril, de la que fue ponente el magistrado Fernando Salinas, que estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la parte trabajadora contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 20 de diciembre de 2013 en recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 41 de Madrid, en contra del criterio defendido por el Ministerio Fiscal en su informe. El resumen oficial de la sentencia es el siguiente: "Encomienda de gestión: contrato de obra o servicio determinado: alegada insuficiencia presupuestaria y/o reorganización del Departamento ministerial encomendante titular de la competencia objeto de la encomienda que genera que el organismo administrativo encomendado extinga los contratos de trabajo: no consta la real finalización de la encomienda: despido improcedente. Voto particular".

2. Nuevamente se plantea ante la Sala si la insuficiencia presupuestaria en el sector público puede implicar la extinción de un contrato de trabajo con anterioridad a la fecha pactada de finalización, uniéndose en este caso la insuficiencia con la reorganización del Ministerio titular de la competencia objeto de la encomienda a un organismo administrativo, más exactamente el Ministerio de Sanidad y Consumo y el Instituto de salud Carlos III. Los contratos suscritos con el Instituto, para obra o servicio determinado, fueron extinguidos antes de la fecha pactada de finalización porque el Ministerio procedió a la resolución de la encomienda "como consecuencia de una variación sustancial de las condiciones económicas y técnicas que propiciaron el encargo de los trabajos objetos de la

encomienda…" (hecho probado noveno de la sentencia de instancia). Tanto el JS como el TSJ desestimaron las peticiones de la parte trabajadora.

3. EL RCUD aportó como sentencia contradictoria la dictada por el propio TSJ de Madrid el 19 de julio de 2013 (Rec. 1302/2013). La alegación sustantiva o de fondo era la infracción de los arts. 52 y 53 de la Ley del Estatuto de los trabajadores, reguladores de la extinción del contrato por causas objetivas, en relación con el art. 7 de la Ley 7/2007 del Estatuto Básico del Empleado Público ("El personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan") y la regulación de la extinción de contratos en el sector público introducida por la Ley 3/2012 de 6 de julio que incorpora una nueva disposición adicional vigésima a la LET.

Con prontitud centra la Sala la cuestión objeto de litigio, que consiste en determinar "si un contrato temporal de obra o servicio determinado pactado con la Administración pública a la que se ha encomendado la realización del servicio por otra Administración de igual naturaleza, cuya titularidad de la competencia incumbe a esta última, puede o no extinguir tal contrato el organismo encomendado antes de que tal servicio se extinga, porque la Administración encomendante alegue causas de insuficiencia presupuestaria y/o de reorganización asumiendo la competencia encomendada y, en definitiva, de no constar la real finalización de la encomienda". La Sala conocerá del RCUD en cuanto que la sentencia aportada de contraste reúne los requisitos previstos por el art. 219 de la Ley reguladora de la jurisdicción social, ya que se trata de un supuesto sustancialmente idéntico al de la sentencia recurrida y que es resuelto de forma contraria, por entender que no concurría la causa alegada por el organismo administrativo para poner fin a los contratos formalizados para llevar a cabo las tareas y actividades prevista en la encomienda. El debate se plantea, pues, sobre el carácter ajustado o no a derecho de la extinción contractual, alegándose por los recurrentes que estaríamos en presencia de despidos improcedentes, tesis desestimada en instancia y en suplicación.

La sentencia analiza en primer lugar la normativa administrativa aplicable, en cuanto que estamos en presencia de una relación entre dos Administraciones, y a tal efecto recuerda lo dispuesto en los arts. 12.1 y 15 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, que regulan las encomiendas de gestión, "un instrumento que pueden utilizar los organismos administrativos que tengan atribuida como propia una competencia y que " no suponen alteración de la titularidad de la competencia, aunque sí de los elementos determinantes de su ejercicio que en cada caso se prevén " (art. 12.1)…", para pasar después a examinar las concretas encomiendas de gestión que son objeto de atención en el litigio ahora analizado, las suscritas entre el MSC y el Instituto de Salud Carlos III de 17 de noviembre de 2008 y de 20 de noviembre de 2011, está última con fecha de finalización el 15 de diciembre de 2014, si bien en el acuerdo también se recogía que el contrato se extinguiría, previa denuncia, "cuando se den por finalizados los estudios y trabajos a desarrollar en el Área de actividad citada, derivada del Acuerdo de Encomienda de Gestión… que constituyen el servicio objeto del contrato".

Mucho antes de la fecha pactada de finalización, en concreto el 31 de mayo de 2012, el MSC dio por extinguida la encomienda debido a reducción de la disponibilidad presupuestaria para 2012 y de otra " porque se habían reorganizado las actividades dentro de la encomienda, pudiendo darle cumplimiento entre ambas instituciones" (hecho probado octavo de la sentencia de instancia). Para la Sala, de los términos en que se produce la comunicación del MSC "es dable deducir que realmente no constar la finalización de la encomienda al declarase probado que sus actividades u objeto pueden darse cumplimiento entre ambas instituciones o, como se razona, en la sentencia de contraste, sobre "... la extinción del contrato laboral de obra o servicio determinados vinculado a una actividad que, bien mirado, no ha terminado, ni ha sido suprimida, como lo demuestra la continuidad del Plan Nacional sobre el Sida, sino que se ha decidido reorganizar, sin perjuicio de la resolución del acuerdo de encomienda".

Al no constar realmente la finalización de la encomienda, ello conllevará la estimación del recurso y la declaración de improcedencia de los despidos efectuados por el Instituto de Salud Carlos III, dado que no ha existido causa válida de finalización de los contratos temporales para obra o servicio determinado suscritos con los trabajadores afectados. Para reforzar su tesis, la Sala recuerda su

doctrina general sobre la extinción de estos contratos temporales que están adscritos a una contrata, con cita de varias de sus sentencias: "ha de negarse que el acuerdo entre contratistas para poner fin a la contrata antes de la finalización de la obra pueda justificar la extinción de la relación laboral (STS de 14 de junio de 2007 -rcud. 2301/2006 ); ha de rechazarse que sea causa para la extinción, la decisión unilateral de la empresa ( STS de 2 de julio de 2009 -rcud 77/2007 ), ni siquiera la resolución parcial del encargo de la empresa cliente ( STS de 12 de junio de 2008 -rcud 1725/2007 )".

4. La sentencia cuenta con el voto particular del magistrado José Luís Gilolmo, que califica de "especulación conclusiva" y de argumento "posiblemente también especulativo", la tesis de la sentencia de inexistencia de finalización de la encomienda y la inexistencia de causa para la extinción de los contratos por haberse mantenido el plan nacional contra el SIDA que propició la encomienda de gestión. Con contundencia expositiva, que trata de argumentar jurídicamente más adelante, el magistrado afirma que "En el supuesto que nos ocupa, no creo que resulte posible deducir esa conclusión del relato fáctico, sino justo la contraria, porque entiendo acreditada con claridad la finalización de la encomienda que constituía el verdadero objeto de los contratos de trabajo de los demandantes". De los hechos probados de la sentencia de instancia concluye que "desvirtúan por completo la deducción o la especulación fáctica en la que se sustenta la decisión de la mayoría", exponiendo que el dato fundamental es la disminución de la disponibilidad de créditos aportados por el MSC y que justificaría claramente la extinción ante tempus de los contratos para obra o servicio.

Pero el magistrado va más lejos para intentar reforzar su tesis y afirma que "aunque diéramos por buena la mera especulación" , contenida en la sentencia ahora dictada y que mantuvo también la sentencia de contraste, el hecho de que la encomienda pudiera llevarse a cabo por ambas Administraciones sería una causa técnica u organizativa que justificaría las extinciones contractuales, salvo que hubiera actuación fraudulenta por las administraciones, algo que no se ha planteado en el litigio.

Supongo que el magistrado discrepante conoce bien la consolidada doctrina de la Sala con respecto a la extinción de los contratos temporales en caso semejantes al ahora enjuiciado desde que se modificara el art. 52 de la ET en 2001 y que va en la misma línea que la sentencia ahora analizada, pero no parece que ello haya sido tomado en consideración por el mismo si nos hemos de centrar en su tesis expuesta y a las argumentaciones sobre las "meras especulaciones" que realizan a su parecer los restantes miembros de la Sala. ¡Seguro que la deliberación de la sentencia fue interesante!

### *2.2.19. Despidos colectivos. El importante "caso TRAGSA". Notas a la sentencia del TS de 20 de octubre de 2015 que estima el recurso de la empresa contra la sentencia de la AN de 28 de marzo de 2014, y recordatorio de los contenidos más importantes de esta.*

1. El jueves 26 de noviembre fue notificada a las partes la sentencia dictada el 20 de octubre por el Pleno de la Sala de loSocial del Tribunal Supremo, de la que fue ponente el magistrado Luis Fernando de Castro. Dicha sentencia, que cuenta con un voto particular concurrente de la magistrada Lourdes Arastey y un voto particular concordante del magistrado Fernando Salinas al que se adhieren dos magistradas y un magistrado, estima el recurso de casación interpuesto por la abogacía del Estado en representación de las empresas TRAGSA y TRAGSATEC, revoca lasentencia dictada por la Sala de loSocial de la Audiencia Nacional el 18 de marzo de 2014, acoge la falta de legitimación pasiva alegada por la segunda, desestima las demandas interpuestas por cuatro organizaciones sindicales y varios comités de empresa de TRAGSA, y declara ajustada a derecho la decisión adoptada por esta el 29 de noviembre de 2013 de proceder al despido de 726 trabajadores.

2. Procedo al estudio de los contenidos más relevantes la sentencia del TS, y el número de páginas, 96, asusta de entrada, aunque el susto pasa pronto al estar casi la mitad de la misma dedicada a la transcripción de los hechos probados de la sentencia de instancia. Por ello, me ha sido de mucha utilidad recuperar parte de la muy detallada entrada que dediqué a la sentencia de la AN el 13 de abril de 2014, que redacté durante dos días dedicados de forma íntegra a la misma, y no es casualidad por ello que el título fuera el siguiente: "El difícil, pero no imposible, intento de

analizaruna sentencia extraordinariamente compleja. Notas a la sentencia de la Sala delo Social de la Audiencia Nacional de 28 de marzo ("Caso TRAGSA")". De dicha entrada he seleccionado el contenido que he considerado necesario para poder después entrar a examinar, y valorar, la sentencia del TS, por lo que respecta tanto a los hechos probados, cuya modificación en algunos de sus contenidos será objeto del recurso de casación y aceptada la misma por el TS, como a su contenido sustantivo o de fondo, centrándome en los tres motivos de nulidad que fueron acogidos por la AN y que ahora han sido cuestionados por el TS al aceptar el recurso en todo lo que afecta a los mismos. El examen por primera vez de las causas económicas, organizativas y productivas alegadas por la empresa se realizará por el TS, y deberá merecer también mi atención, señalando ya que el TS considera razonada y no desproporcionada la decisión empresarial. Cabe decir, por último, que hay unanimidad en la Sala respecto a la aceptación del recurso respecto a su contenido sobre la inexistencia de causas de nulidad, más concretamente de las tres apreciadas por la AN en su sentencia y a las que me refiero a continuación.

3. "Como he indicado al inicio de mi exposición, se trata de comentar la sentencia dictada por la AN el 28 de marzo de 2014 de la que fue ponente el magistrado Rafael López Parada. Fueron partes demandantes CSIF, MCA-UGT, FECOMA-CCOO, CGT, y los comités de empresa de Castilla y León, León, Valladolid, Burgos, Palencia, Soria y Ávila, y las partes demandadas la empresa de transformación agraria SA (TRAGSA), la empresa de tecnología y servicios agrarios SA (TRAGSATEC) y la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI). Sirva como punto de referencia la demanda presentada por FECOMA-CCOO, en la que se pide que se declare por la Sala "la nulidad del despido colectivo por tratarse de entidades que forman parte de las Administraciones Públicas y no haber procedido con arreglo al procedimiento de despido colectivo previsto para tal supuesto, nulidad por concurrencia de grupo empresarial laboral, o con carácter subsidiario a todas las pretensiones anteriores se declare la falta de justificación o el carácter de no ajustado a derecho del despido colectivo por no concurrir la causa legalmente prevista o por no ser adecuada ni proporcionada y por lo tanto debe condenarse a las empresas a la readmisión inmediata de los trabajadores afectados y a todas las consecuencias jurídicas inherentes".

A)La sentencia desestima la excepción de falta de legitimación pasiva de TRAGSATEC, estima la excepción de falta de legitimación pasiva de la SEPI, desestima la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario de la SEPI y el MINHAP, y, en lo que es más importante, estima las pretensiones de las partes demandantes y declara "nula la decisión extintiva, con el consiguiente derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a sus puestos de trabajo, condenando solidariamente a TRAGSA y TRAGSATEC a la inmediata readmisión de los trabajadores despedidos en sus puestos de trabajo con abono de los salarios dejados de percibir".

… La sentencia dedica 4 páginas a los antecedentes de hecho, 55 a los hechos probados y 47 a los fundamentos jurídicos. De los primeros, importa destacar la presentación de diversas demandas en procedimiento de impugnación de despido colectivo (art. 124 LRJS), con acumulación de todas ellas y posterior fijación, y celebración, del acto de juicio el 13 de marzo, incorporándose una precisa relación de los hechos controvertidos y los conformes.

B) Pasemos al estudio de los hechos probados.

a) Se recuerda en primer lugar la creación del Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario (IRYDA) en 1971, y la posterior creación en 1977 de la empresa TRAGSA para encargarse de una parte de los trabajos que llevaba a cabo hasta entones el parque de maquinaria de IRYDA, y la aprobación de sucesivas Órdenes ministeriales en la que se ampliaba el ámbito de actividades de la citada empresa, en concreto a las actividades realizadas por el Instituto Nacional para la conservación de la naturaleza (ICONA), y aquellas integradas en los dispositivos y planes estatales de protección civil, que más adelante se extendieron a los dispositivos y planes autonómicos en varias de las Comunidades Autónomas. La asunción de competencias por las autonomías no significo la desaparición de TRAGSA que siguió subsistiendo con carácter estatal, "si bien una parte sustancial de las encomiendas de servicios que antes hacían los organismos estatales pasaron a hacerlas los órganos y servicios competentes de las Comunidades Autónomas", mediante convenios de colaboración con el Estado y

debiendo realizarlas TRAGSA, según se disponía en los Reales Decretos de traspasos de competencias, "en su calidad de servicio técnico de la Administración y de acuerdo con la legislación vigente" (hecho probado segundo).

b) En cuanto a los ingresos de la empresa, también se detallan en el hecho probado segundo, importando destacar ahora que "proceden en más de un 95 % del pago de las encomiendas de la Administración General del Estado y de las Autonómicas". En el hecho probado tercero se recogen los datos relativos a los participantes en el capital social de la empresa, siendo el 100 % de titularidad pública, con presencia mayoritaria de la SEPI (51 %) y del fondo español de garantía agraria (FEGA) (38,9 %), mucho menor de la Dirección general de patrimonio del Estado (9,9 %) y por último "una participación simbólica de una acción de valor de 1 euro de todas las Comunidades Autónomas salvo Castilla y León y la Comunidad Valenciana".

c) La normativa vigente de aplicación a la empresa se encuentra en el RDLeg 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de contratos del sector público, más exactamente en su disposición adicional 25ª que lleva por título "Régimen jurídico de la «Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima» (TRAGSA), y de sus filiales", del que deseo destacar ahora esta parte de su contenido: "1. El grupo de sociedades mercantiles estatales integrado por la «Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima» (TRAGSA), y las sociedades cuyo capital sea íntegramente de titularidad de ésta, tiene por función la prestación de servicios esenciales en materia de desarrollo rural, conservación del medioambiente, atención a emergencias, y otros ámbitos conexos, con arreglo a lo establecido en esta disposición. 2. TRAGSA y sus filiales integradas en el grupo definido en el apartado anterior tienen la consideración de medios propios instrumentales y servicios técnicos de la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los poderes adjudicadores dependientes de ellas, estando obligadas a realizar, con carácter exclusivo, los trabajos que éstos les encomienden en las materias señaladas en los apartados 4 y 5, dando una especial prioridad a aquéllos que sean urgentes o que se ordenen como consecuencia de las situaciones de emergencia que se declaren. De acuerdo con esta obligación, los bienes y efectivos de TRAGSA y sus filiales podrán incluirse en los planes y dispositivos de protección civil y de emergencias. Las relaciones de las sociedades del grupo TRAGSA con los poderes adjudicadores de los que son medios propios instrumentales y servicios técnicos tienen naturaleza instrumental y no contractual, articulándose a través de encomiendas de gestión de las previstas en el artículo 24.6 de esta Ley, por lo que, a todos los efectos, son de carácter interno, dependiente y subordinado". El desarrollo reglamentario se encuentra en el Real Decreto 1072/2010 de 20 de agosto, por el que se desarrolla el régimen jurídico de la Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima, y de sus filiales".

d) De especial interés para una mejor y más correcta comprensión del litigio es el hecho probado quinto, en el que se da debida y detallada explicación de los pronunciamientos judiciales de las Salas de lo Contencioso- Administrativo de la AN y del TS, y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en resolución de conflictos suscitados contra TRAGSA por entender que actuaban en el tráfico jurídico vulnerando la ley de defensa de la competencia y con abuso de posición dominante "al no seguir los procedimiento de adjudicación" previstos en la entonces normativa vigente de contratos de las AA. PP. Las demandas fueron interpuestas por la asociación nacional de empresas forestales y la asociación empresarial de empresas restauradoras del paisaje y medio ambiente, y llevaron al TS a plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE que fue resuelto por la Sala Segunda en sentencia de 19 de abril de 2007, cuyo fallo fue el siguiente: "Las Directivas 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, no se oponen a un régimen jurídico como el atribuido a Tragsa, que le permite realizar operaciones sin estar sujeta al régimen establecido por dichas Directivas, en cuanto empresa pública que actúa como medio propio instrumental y servicio técnico de varias autoridades públicas, desde el momento en que, por una parte, las autoridades públicas de que se trata ejercen sobre esta empresa un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios y, por otra parte, dicha empresa realiza lo esencial de su actividad

con estas mismas autoridades". Tras la sentencia del TJUE el TS dictó sentencia el 30 de enero de 2008, desestimó el recurso de casación y puso de manifiesto en su fundamento jurídico sexto, y así se destaca en el hecho probado de la sentencia de la AN que "… quién actúa es la propia Administración por medio de un servicio propio sin margen de actuación autónoma, no una empresa que, aunque pudiese tener naturaleza pública, actuase al menos con autonomía funcional".

En cuanto a la relación entre TRAGSA y TRAGSATEC, la segunda forma parte del grupo y no dispone de personal propio, siendo el personal de dirección y de administración de la primera los que prestan sus servicios para la segunda, si bien (y supongo que este es el dato relevante para justificar la presentación de dos procedimientos diferenciados de despidos colectivos) el personal que lleva a cabo las encomiendas está diferenciado, de tal manera que "los trabajadores de mano de obra directa de TRAGSA desarrollan las encomiendas de TRAGSA y los trabajadores de mano de obra directa de TRAGSATEC desarrollan las encomiendas de TRAGSATEC". Con respecto a esta diferencia se recoge en el hecho probado sexto que TRAGSATEC inició en 2013 un procedimiento de despido colectivo al tiempo que lo hacía TRAGSA "fundamentado en las mismas causas que TRAGSA y con informes similares, si bien incorporando los datos contables de TRAGSATEC en lugar de los de TRAGSA".

C) … Será a partir del hecho probado octavo (página 23) cuando se inicie la explicación de la tramitación del despido colectivo, en concreto a partir de una comunicación de TRAGSA a las secciones sindicales de empresa y al comité intercentros para informarles de que iba a iniciarse dicha tramitación, que se puso en marcha el 16 de octubre tras que las organizaciones sindicales que tenían presencia en el comité intercentros decidieran que sería este el interlocutor de la empresa en el proceso negociador (no consta que hubiera desacuerdo entre los sindicatos).

Queda debida constancia de la documentación entregada a la representación del personal y a la autoridad administrativa laboral competente, con alegación de causas económicas, organizativas y productivas, así como los criterios de selección de los trabajadores que se verían afectados por las extinciones, con una curiosa, al menos a mi parecer, coletilla final tras la explicación de tales criterios, en donde se decía que "la aplicación de estos criterios será plenamente respetuosa con los derechos fundamentales y legislación vigente". No ha sido este, precisamente, el parecer de la sentencia, siendo uno de los contenidos más destacados de la fundamentación jurídica, como más adelante explicaré, su argumentos sobre el incumplimiento de criterios objetivos para la selección, que deben ser mucho más rígidos en el sector público por respeto a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. Según la memoria, en cuanto a las causas económicas (y con buen conocimiento de la normativa por parte de quienes prepararon la documentación) se concluye por la demandada en juicio que "presenta en la actualidad 6 trimestres consecutivos de caídas de ingresos o ventas respecto al mismo período previo", y respecto a los criterios de selección de personal son los mismos que en el escrito dirigido a la autoridad laboral de inicio del expediente, previa manifestación de que la extinción podía afectar a cualquier trabajador de la plantilla y ofreciendo la posibilidad de "abrir un proceso de adscripción voluntaria para la extinción del contrato…", así como también la negociación de medidas de flexibilidad interna "que permitan reducir el número máximo de afectados por la extinción de sus contratos de trabajo".

Más adelante (hecho probado noveno) se recoge la secuencia de las reuniones de la comisión negociadora… El punto de partida de la empresa fue la propuesta de extinción de 836 extinciones contractuales, con planteamiento de llevarlos a cabo de forma gradual hasta el 31 de diciembre de 2014. En la primera reunión se acordó que asistirían también a las reuniones delegados sindicales de cada sindicato presente en el comité intercentros y dos asesores por cada sindicato. Durante el proceso negociador se acordó prorrogar el plazo máximo de 30 días previsto en la normativa vigente, dada la posibilidad que se preveía de alcanzar un acuerdo, de tal manera que dicho período se amplió por período de ocho días (del 15 al 22 de noviembre), con suscripción de un **preacuerdo entre la parte empresarial y la representación de tres sindicatos con presencia en el comité intercentros (CSIF, UGT y CCOO),** oponiéndose la CGT, con adopción de diversas medidas tanto de flexibilidad interna como externa, con extinción de 593 contratos pero cuyo número podría ser inferior (hasta 369) en función de cómo se aplicaran las medidas pactadas en el preacuerdo. **Este texto fue sometido a votación entre los trabajadores, con rechazo por parte del 62, 11% y aceptación por el 34,24 %.**

Ante la imposibilidad de suscribir el preacuerdo, la empresa adoptó la decisión de extinguir 726 contratos, enfatizando en su escrito que era un número inferior al planteado inicialmente, como consecuencia de las negociaciones producidas durante el período de consultas. En su decisión final, la empresa mantuvo la propuesta de que los

trabajadores mayores de 50 años se acogieran voluntariamente a la medida de extinción, y sólo tras finalizar el plazo marcado para que ello pudiera llevarse a cabo, y previa aceptación o no de las peticiones que llegaran, decidiría qué extinciones forzosas deberían producirse.

En el apartado quinto de su escrito se recogían los "criterios para la designación de los trabajadores afectados por los despidos", que serían, y así lo dice textualmente el escrito empresarial, "los recogidos en la memoria explicativa, puestos en conocimiento de la comisión representativa de los trabajadores en el escrito de inicio del período de consultas…". Tendrá especial importancia para la resolución del litigio el hecho probado decimotercero, en el que se expone que para determinar los criterios de selección de los trabajadores despedidos (criterios que no habían variado en cuanto a su concreción desde el inicio del período de consultas), la empresa "adoptó un Manual con posterioridad al despido colectivo, que no fue objeto de negociación y consulta con los representantes de los trabajadores". Dicho "Manual" incorporaba algunos elementos que son objetivamente valorables, como la formación o experiencia, pero otros que lo serían mucho menos a mi parecer como "la actitud del trabajador", o más exactamente la "identificación y compromiso con la empresa" o "la implicación en la consecución de los objetivos", siendo valorada de forma negativa "la poca aportación del trabajador en la resolución de problemas o su actitud ·distante y esquiva hacia temas relacionados con la organización". La valoración de esta conducta de cada trabajador se lleva a cabo por responsables de la empresa y las puntuaciones se integran en un sistema informático, "sin que conste procedimiento alguno de audiencia al interesado o publicidad".

.. Por fin, también me parece relevante destacar que el despido colectivo sólo afectó a trabajadores con contrato indefinido, que durante el período de consultas fueron contratados 421 trabajadores temporales, y que a 30 de septiembre, es decir poco antes de inicio de la tramitación de los despidos, la plantilla de TRAGSA estaba integrada por 4430 trabajadores con contrato indefinido y 2423 temporales.

D) El fundamento jurídico tercero aborda dos cuestiones que tienen "naturaleza transversal" en cuanto que afectan tanto a las excepciones formales alegadas por algunas demandadas (falta de legitimación activa, falta de litisconsorcio pasivo necesario) como a la posible existencia de una decisión empresarial que puede estar viciada de nulidad o ser considerada, con carácter subsidiario, no ajustada a derecho. Se trata en primer lugar de **determinar la existencia de grupo de sociedades entre las dos empresas demandadas, TRAGSA y TRAGSASEC,** y la naturaleza jurídica de la primera y sus relaciones con la Administración Pública. Para dar respuesta a las dos cuestiones planteadas los hechos declarados probados y a los que me he referido con anterioridad tendrán una importancia indudable en las decisiones adoptadas por la Sala.

La AN acude, en primer lugar, a la más reciente doctrina del TS sobre el concepto de grupo de empresas a efectos mercantiles y cuándo se da una realidad que lleva la afirmación de la existencia de un grupo de empresas laboral o patológico y la consiguiente responsabilidad solidaria de las que formen parte del mismo hacia los trabajadores despedidos, efectuando un buen resumen de la dictada el 19 de diciembre por el alto tribunal. Por el interés que la sentencia del TS dedica a los llamados

"elementos adicionales" que determinan la responsabilidad del grupo a efectos laborales, justamente para rechazar los argumentos de las recurrentes que pregonaban su existencia, vale la pena reproducir qué dijo la Sala: "1º) el funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, manifestado en la prestación indistinta de trabajo -simultánea o sucesivamente- en favor de varias de las empresas del grupo; 2º) la confusión patrimonial; 3º) la unidad de caja; 4º) la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, con creación de la

empresa «aparente»; y 5º) el uso abusivo -anormal- de la dirección unitaria, con perjuicio para los derechos de los trabajadores".

Pues bien, la AN aplica dichos criterios al caso enjuiciado para concluir que nos encontramos en presencia de un grupo de empresas laborales o patológico, en cuanto que la estructura organizativa es común a ambas empresas, así como también la mayoría de los medios materiales, y muy especialmente, y a mi parecer es un dato especialmente relevante, porque son "cientos de personas los que prestan servicios para ambos desde las mismas oficinas y con los mismos medios, hasta el punto de que TRAGSASEC carece de estructura de dirección propia", y es justamente desde la estructura de dirección donde se gestiona toda la actividad que se presta a las AA PP, rechazando que el hecho de que TRAGSASEC abone a TRAGSA cantidades como pago de los servicios prestados sea suficiente para desvirtuar esa realidad de grupo, dado que dicho abono "ni tiene carácter marginal, puesto que afecta a toda la estructura administrativa y directiva de la empresa, ni está acreditado que los pagos por bienes y servicios se hagan a precios de mercado". **La Sala enfatiza el dato de la unidad de dirección de ambas empresas, no por las personas que las dirigen sino por la gestión unitaria de ambas y que gestionan encomiendas de la Administración dirigidas a idénticos destinatarios,** añadiendo a un dato concreto para avalar su tesis, y referido al caso ahora enjuiciado, que me parece de especial interés, esto es que "incluso los despidos colectivos se plantean en ambas empresas de forma simultánea y con contenidos totalmente análogos". La existencia de grupo entre ambas empresas ha quedado recogida en otras sentencias del TS y de TSJ como por ejemplo la del alto tribunal de 21 de enero de 2014, de la que fue ponente la magistrada Lourdes Arastey. Por consiguiente, y como consecuencia de todos los razonamientos anteriores, la Sala entiende que hay una "concurrencia o cotitularidad (entre las dos empresas) en la posición de empresario en los contratos de trabajo", por lo que en caso de existir condena, como efectivamente así será, "deberá alcanzar(les) solidariamente".

Por el contrario, sí estima la falta de legitimación pasiva de SEPI en cuanto que aquello que la vincula con TRAGSA es la titularidad de las acciones (51 %) pero no existe unidad de dirección ni se comparten medios productivos o de otra índole, y conviene recordar que en los hechos declarados conformes se recoge que "se niega que SEPI sea empleadora de los trabajadores de TRAGSA".

La existencia del grupo de empresas laboral no llevará en el caso enjuiciado a la declaración de nulidad del despido, ya que para que ello se produzca, de acuerdo a la normativa aplicable y a una constante doctrina de la propia Sala y de los TSJ, a la que ya se ha de añadir la jurisprudencia del TS en sentencias dictadas en conocimiento de despidos colectivos operados tras la reforma laboral, hubiera sido necesario "una ocultación por parte de la empresa de informaciones esenciales que hubieran desvirtuado la negociación" o bien una incorrecta constitución de la comisión negociadora porque no representara a todos los trabajadores de las empresas del grupo.

Y entra en juego nuevamente algo sobre lo que he ido reiterando en comentarios anteriores, esto es que cómo actúe la representación de los trabajadores puede determinar el resultado de la decisión judicial, y en este caso concreto ha habido despidos colectivos por parte de las dos empresas que han llevado a la negociación por separado y a la posterior presentación de dos demandas; o dicho de otra forma, la existencia de una realidad negocial laboral, perfectamente conocida por otra parte por los propios trabajadores que prestan sus servicios indistintamente, y obviamente también por las representaciones sindicales y unitarias, no ha impedido que se haya aceptado por la parte trabajadora la presentación y tramitación de dos procedimientos diferenciados de despidos colectivos, de ahí que no pueda imputarse a la empresa demandada la vulneración de la buena fe negocial a la que las partes vienen obligadas por la LET y el Código Civil, ya que la negociación, en la forma y manera que se ha desarrollado, "fue aceptada por la representación de los trabajadores con pleno conocimiento de los mismos datos fácticos por los que ahora la considera inadecuada", y en relación con la documentación a entregar durante el período de consultas la Sala reitera que no ha habido ocultación de ningún tipo por la demandada, ya que la información que demostraba la existencia de un grupo de empresas laboral era perfectamente conocida con anterioridad por la representación de los trabajadores, con lo que nuevamente vuelve a la palestra la cuestión no sólo jurídica sino también de estrategia negocial de cómo plantear la negociación de un despido colectivo en una empresa o grupo de empresas, y su posterior impacto en sede judicial.

E) … El fundamento jurídico cuarto versa sobre la naturaleza jurídica de ambas empresas, cuestión que ya ha sido resuelta por la jurisprudencia del TJUE y del TS recogida en hechos probados y que he analizado detenidamente con anterioridad, por lo que entonces cobra importancia determinar qué efectos produce dicha naturaleza jurídica sobre la resolución del caso, debiendo partir, pues, de acuerdo con las resoluciones judiciales del TJUE y del TS que ambas empresas "son… parte inescindible de la Administración, formas puramente instrumentales de actuación de la misma y no auténticas empresas públicas… a pesar de estar personificadas como sociedades anónimas, sino un trasunto de la propia Administración Pública", no actuando en modo alguno con arreglo a las reglas de la libre competencia en el mercado. El hecho de que tengan tales características llevará a que sea necesario acudir a la normativa aprobada en la reforma laboral para permitir los despidos colectivos en las AA PP y sus particularidades específicas respecto a las causas económicas alegadas (y ya indico ahora que la Sala no aceptará la aplicación de la concreción de qué debe entenderse por tales causas recogida en el RD 1483/2012 por considerarlas ultra vires, contrarias a lo dispuesto en la Ley 3/2012).

F) … Los fundamentos jurídicos sexto, séptimo y octavo están dedicados al estudio de la normativa laboral que regula los despidos colectivos en el sector público, examinando con detalle si a las empresas demandadas se les ha de aplicar la normativa prevista para las causas económicas en las AA PP o bien la normativa general aplicables a las empresas privadas y regulada en el art. 51 de la LET; o dicho en otros términos, si hay que aplicar las causa de insuficiencia presupuestaria o bien las causas económicas "ordinarias" recogidas en la LET, concluyendo que es de aplicación la normativa general en cuanto que tanto la ley de contratos del sector público como la ley general presupuestaria "separa el régimen de las sociedades mercantiles públicas (caso de

TRAGSA y TRAGSATEC) del propio de las Administraciones, que es a las que les sería de aplicación la definición especial de la causa económica contenida en la disposición adicional vigésima del Estatuto de los trabajadores", insistiendo nuevamente, a los efectos de dejar preparado el camino, en que la inexistencia de esta causa de nulidad, y de las anteriores ya analizadas, no prejuzga la posible nulidad de la decisión empresarial por otros motivos alegados por las demandantes, como por ejemplo los criterios de selección de los trabajadores afectados, o la no conformidad a derecho de la decisión empresarial si las causas alegadas no respetaran lo dispuesto en el art. 51 de la LET y en el RD 1483/2012. Y desde luego, permítanme la expresión coloquial, "por causas de nulidad alegadas no queda", ya que además de las que han sido planteadas y resueltas con anterioridad, en el fundamento jurídico noveno se listan las restantes ¡once! nuevas causas de nulidad alegadas, siendo aceptadas tres de ellas.

En el fundamento jurídico sexto se repasa la normativa aplicable a los despidos colectivos en el sector público, es decir la disposición adicional vigésima de la LET, poniendo de manifiesto la diferenciación entre dos grupos de personas jurídicas, esto es, y de acuerdo a lo dispuesto respectivamente en los arts.3.1 y 3.2 de la LCSP "los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público" y "los entes, organismos y entidades que tienen la naturaleza de Administraciones Públicas". La Sala procede a un cuidado estudio de qué debe entenderse por "insuficiencia presupuestaria sobrevenida", siendo únicamente esta la que puede justificar los despidos colectivos, es decir aquella que puede producirse cuando se generen unos gastos de personal superiores "al crédito presupuestario asignado", o bien se produzca "una menor cuantía de los ingresos previstos para la financiación", debiendo en este caso examinar si la causa se proyecta sobre el conjunto de la AA PP o bien se refiere a determinados órganos, secciones o departamento, posibilidad que la Sala contempla pero "con carácter excepcional y cuando la insuficiencia afecte a ingresos específicamente finalistas".

…

La aplicación o no del marco normativo recogido en la LET sobre los despidos colectivos en las AA. PP dependerá, según la Sala, del criterio que se elija de los dos posibles, el meramente formal, es decir "la forma de personificación del correspondiente ente", o bien el material, o lo que es lo mismo "el que atiende a la realidad de las causas económicas que podrían aplicarse a cada ente",

que dependerá a su vez de su modo de operar, es decir de si actúa "en un mercado de bienes y servicios en régimen de competencia". La toma en consideración del criterio material llevaría a la aplicación de la normativa prevista para las AA PP, en cuanto que se trata de empresas que son puramente, como ya he explicado con anterioridad, un medio instrumental de actuación de dichas AA PP y en donde las decisiones se adoptan "por el correspondiente gobierno de la Administración de que dependen", y que no operan en el mercado sino que la financiación proviene de las AA PP para las que presta servicios "a través de tarifas fijadas normativamente". Pero,… después de esta explicación, obviamente mucho más argumentada y desarrollada en la sentencia de lo que yo acabo de hacer, la Sala entiende que hay un problema irresoluble que impide aplicar la normativa reguladora de los despidos colectivos en las AA PP, en cuanto que si bien es cierto que por razón de su realidad económica, basada en encomiendas de los poderes públicos, deberían estar incluidas dentro del sector público administrativo, ex art. 2.1 del RDLeg. 2/2007, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria, "en virtud de la forma jurídica adoptada, como sociedades mercantiles, se hallan dentro del sector público empresarial a efectos presupuestarios", y por ello les es de aplicación la normativa del art. 51 de la LET en cuanto que la LCSP y la LGP "separa el régimen de las sociedades mercantiles públicas del propio de las Administraciones, que es a las que sería de aplicación la definición especial de la causa económica contenida en la disposición adicional vigésima del Estatuto de los trabajadores".

La Sala rechaza la alegación de nulidad de la decisión empresarial por no haber aportado, según dispone el art. 34.2 del RDL 1483/2012, la relación de las causas de los despidos con las medidas, mecanismos u objetivos de estabilidad presupuestaria a los que se refiere la LO 2/2012, y la Sala ratifica la importancia de esta relación, y coincido con sus tesis, en cuanto que "el contenido material de dicha vinculación… se constituye en un elemento esencial sobre el cual ha de proporcionarse información a la representación de los trabajadores", pero mantiene su línea antiformalista aparecida en sentencias de mediados de 2013 y que ha sido reiterada desde entonces, poniendo el acento en que aquello que importa es que se conozca qué vinculación existe entre los despidos y el objetivo de la estabilidad presupuestaria, y no la cita nominal de la normativa de referencia, y del conjunto de los hechos probados queda debidamente acreditada que se ha dado cumplimiento por la empresa a la justificación formal de tal vinculación, por lo que la cuestión se desplaza nuevamente a la posible no conformidad a derecho de la decisión adoptada.

G) … Son once como he indicado con anterioridad las restantes causas de nulidad argumentadas por las demandantes, y tres de ellas son acogidas por la Sala, por lo que no procederá al análisis de las causas aducidas para justificar los despidos, en tanto en cuanto que la petición de no conformidad a derecho de la decisión empresarial era subsidiaria de la declaración de nulidad.

… **Llegamos a una de las alegaciones que sí será tomada en consideración por la Sala y que, junto con otras que también serán valoradas en idéntico sentido, llevará a la declaración de nulidad de la decisión empresarial, en concreto "la ausencia de entrega en el período de consultas de las cuentas provisionales de 2013 distintas al balance y cuenta de resultados, en concreto el estado de cambios del patrimonio neto, el estado de flujos de efectivo y la memoria, exigibles conforme al artículo 254 de la Ley de Sociedades de Capital".**

En definitiva, la nulidad se produciría por "no haber entregado la documentación prevista en el art. 51.2 de la LET", concretado en el art. 4.2 del RD 1483/2012, documentación que fue solicitada además expresamente por la parte social en la reunión de 30 de octubre, y añadiendo la Sala como recordatorio jurídico, carente de importancia práctica en este caso concreto en cuanto nada se ha reclamado por la parte trabajadora, que el art. 129 de la LGP obliga a presentar a las sociedades mercantiles estatales y otros entes públicos, además de sus cuentas anuales, "un informe relativo al cumplimiento de las obligaciones de carácter económico-financiero que asumen dichas entidades como consecuencia de su pertenencia al sector público".

La Sala repasa la normativa aplicable, y muy concretamente el art. 254 del RDleg 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, para destacar, poniéndolo en relación con la normativa laboral, que todos

los documentos que deben aportarse "forman, como dice la Ley, una unidad, puesto que como sistema de información contable han de leerse en su conjunto para formarse la imagen fiel de la empresa, sin que la mera lectura, por ejemplo, de la cuenta de resultados (y menos todavía de uno de sus concretos epígrafes, como pueda ser el saldo final del pérdidas o ganancias) permita comprender esa imagen fiel de la situación de la empresa". La documentación presentada no se ha ajustado a las obligaciones impuestas por la normativa vigente (art. 4.2 RD 1483/2012) ya que si bien es cierto que la explicación de los resultados contables puede hacerse por medio de la memoria explicativa del despido colectivo y no requieren de manera expresa de una memoria e informe de gestión, sí deben presentarse, aunque sea en forma provisional y cerrada en el momento de iniciarse el período de consultas, los restantes documentos que acrediten la situación económica de la empresa. Queda probado que no se ha aportado la documentación relativa al estado de cambios en el patrimonio neto, y tampoco el estado de flujos de efectivo, y la Sala entiende que esas omisiones determinarán la nulidad del despido tanto por incumplir las obligaciones previstas en la normativa de aplicación, como porque, mucho más concretamente referidas al caso enjuiciado, dicha documentación tenía incidencia "en la valoración de la evolución reciente del patrimonio de la empresa y de su tesorería, elemento esencial para valorar las relaciones de TRAGSA con el SEPI (sistema INTERSEPI) y con TRAGSATEC".

… Volvemos a las alegaciones sobre la nulidad de la decisión empresarial que sí tiene real importancia y que serán tomadas en consideración por la Sala, en concreto la de "ausencia de concreción de las causas invocadas para el despido colectivo en la comunicación realizada a la representación legal de los trabajadores". La normativa de referencia es el art. 51.2 de la LET y el art. 12 del RD 1483/2012, debiendo destacarse a mi parecer de ambos preceptos la obligación empresarial en primer lugar de comunicar a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral las condiciones de la decisión extintiva, y segundo término, y muy relevante, la obligación de actualizar, "en su caso", el contenido de la comunicación inicial cuya regulación se contempla en el art. 3.1, actualización del todo punto necesaria en la mayor parte de los procedimientos dado que se producen cambios, sustanciales o no, en la propuesta inicial de la empresa durante la negociación llevada a cabo en el período de consultas, y por ello es lógica, coherente, y acertada, la argumentación de la sentencia sobre el carácter "trascendental" de ese requisito, más exactamente de su cumplimiento, con una explicación suficientemente detallada de los cambios que hayan podido operarse durante ese período, ya que "la comunicación de la decisión empresarial (de proceder a los despidos tras el período de consultas) es la que centra el objeto del eventual debate procesal posterior.

Pues bien, del conjunto de hechos probados queda acreditado que hay una reducción del número de trabajadores despedidos y de las causas organizativas alegadas (no así de las económicas que se mantienen inalteradas), siendo una razón relevante para la reducción del número de afectados el cambio de criterio de cómputo introducido, y todo ello evolucionando según cómo se desarrollara el período de consultas. Dado que ha quedado también debidamente acreditado que no se actualizó la información de la comunicación inicial, y dado el carácter "trascendental" de la explicación de los cambios, la Sala entiende que hay una nueva causa de nulidad de la decisión extintiva empresarial, "ya que dicha comunicación constituye un elemento indispensable para centrar el objeto del despido y de su eventual impugnación".

H) … **Una última alegación de nulidad de la decisión empresarial será aceptada por la Sala, y es probablemente a mi entender, la parte más relevante del amplio contenido de la sentencia, junto con el detallado estudio de la aplicación, y en qué términos, de la normativa de la UE, presupuestaria y administrativa. La pretensión se suscitó por "el carácter genérico e impreciso de los criterios de afectación para la selección de los concretos trabajadores despedidos**".

La Sala procede en primer lugar a recordar su doctrina general sobre los criterios de selección y su fijación por la empresa, de acuerdo a la normativa vigente, al iniciarse el período de consultas, contenida entre otras en la sentencia de 15 de octubre de 2012, de la que fue ponente la entonces

magistrada de la Sala Carolina Sanmartín y que mereció especial atención en una entrada del blog de la que recupero aquellos fragmentos que tienen interés para el caso ahora analizado:

"Desde el plano del buen análisis teórico con que nos obsequian muchas sentencias de la AN, para trasladarlo después a la resolución del litigio enjuiciado, cobra especial relevancia el estudio que efectúa sobre la identificación de los criterios de selección en el período de consultas, ya que no se trata sólo, a su juicio, de una exigencia formal para garantizar la negociación de buena fe y permitir el cumplimiento de lo dispuesto en el art. 51 de la LET, sino que también es "un presupuesto imprescindible para apreciar la adecuada justificación de los despidos, puesto que está directamente relacionado con el fondo de la decisión extintiva". A partir de este planteamiento previo, procede al estudio del art. 51 de la LET y más exactamente las causas posibles para presentar un ERE, refiriéndose a la relación entre concurrencia de una causa y comprobación de unos hechos, algo deseado por la exposición de motivos del RDL 3/2012 y la Ley3/2012, en el bien entendido que la Sala, con notable acierto a mi parecer, señala inmediatamente a continuación, que la pretensión de objetivar los criterios de apreciación de la causa o causas "no debe confundirse con su automaticidad" porque la propia LET permite que haya otras causas, y que, con fundamento en el art. 4 del Convenio nº 158 de la OIT, los hechos con los que se identifican las causas "de ningún modo pueden valorarse aisladamente", de tal manera que "si el despido ha de encontrar su justificación en una necesidad de la empresa, parece evidente que su finalidad tiene que ser atenderla".

Aporta la Sala en apoyo de su tesis doctrina del TS sobre la justificación de los despidos en ERES, en sentencias dictadas en conflictos juzgados con la normativa anterior pero que sigue considerando válidos como son la necesidad de que queden probados el supuesto de hecho que determina el despido, la finalidad que se asigna a la medida extintiva adoptada, y la conexión de funcionalidad entre la medida extintiva y la finalidad que se asigna.

La Sala reitera que es consciente de los cambios introducidos en la reforma laboral de 2012 respecto a la no necesidad de que las medidas que se adopten contribuyan a superar la situación económica negativa o a mantener el empleo, pero sí defiende, y la importancia del convenio 158 de la OIT se manifiesta en todo su esplendor, que sigue siendo necesario demostrar que las medidas extintivas adoptadas "permitan ajustar la plantilla a la coyuntura actual de la empresa", justamente para respetar la citada conexión de funcionalidad que se deriva del Convenio 158. En efecto, la norma no obliga ya a pensar de cara al futuro, pero sí obliga a justificar la medida en el contexto

actual, y tras aportar la cita doctrinal del magistrado del TS Aurelio Desdentado, la Sala concluye que la empresa sigue estando obligada a justificar la causa, en los términos que acabo de exponer; por decirlo con sus propias palabras, "la empresa no sólo debe acreditar la concurrencia de la causa propiamente dicha, sino que también ha de argumentar acerca de sus efectos sobre los contratos de trabajo; efectos que justifican su extinción". Más claro, y más importante si cabe: la selección de los trabajadores afectados debe guardar una estricta relación de funcionalidad "con la pérdida de utilidad de sus contratos a raíz de la concurrencia de la causa alegada". Es un nuevo toque de atención de la AN, a las empresas para que cumplan rigurosamente con todos los requisitos formales recogidos en la LET y en su desarrollo reglamentario, porque algunos de ellos guardan estrecha relación con la justificación de la medida adoptada".

Desde estas premisas generales previas, la Sala sienta ahora nueva doctrina y resalta la importancia de que los conflictos que se suscitan en el seno de las AA PP y que pueden afectar a personal laboral fijo se ajusten escrupulosamente, en el supuesto de producirse despidos, al respeto a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, ya que si esos principios se aplican ex art. 23.2 y 103.3 CE al acceso a los empleos públicos también deberán observarse en caso de finalización de la relación, de tal manera que si no se respetaran la decisión empresarial debería declararse nula, además de deber ser los criterios aplicados "suficientemente precisos como para permitir su aplicación directa, de manera que pueda establecerse en función de los mismos que trabajador ha de ser despedido con preferencia a otros, excluyendo toda posible arbitrariedad". Esta doctrina general es aplicable al caso concreto de TRAGSA por tratarse, como he apuntado en reiteradas ocasiones durante

este comentario, de "mero ente instrumental de la Administración", sociedad de íntegra titularidad pública y que cumple con funciones administrativas. La tesis de la aplicación de los criterios aplicables a las AA PP se refuerza a juicio de la Sala porque en el ámbito de la contratación pública TRAGSA y sus filiales "son consideradas como poder adjudicador en la legislación de contratos del sector público, esto es, poder público contratante y por ello sujeto a todos los requisitos de publicidad y apertura a la licitación de contratos de toda índole". Por consiguiente, no será de aplicación el criterio de selección de los trabajadores afectados en empresas privadas, en donde el margen de selección es sin duda superior siempre y cuando no se apliquen criterios discriminatorios ilícitos.

Añádase a la doctrina sentada por la Sala la referencia normativa, de aplicación a todos los despidos, del art. 51. 2 e) de la LET, en la que se dispone que en la documentación a presentar en la iniciación del período de consultas la empresa deberá aportar los "criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos", acompañada o no por la lista nominativa de los trabajadores afectados, y que el incumplimiento de esta obligación es considerado causa de nulidad de la decisión empresarial, remitiéndose a la doctrina sentada en su sentencia de 26 de julio de 2012. En mi estudio de dicha sentencia puse de manifiesto lo siguiente: "La no fijación inicial de los criterios de selección de los trabajadores afectados también vulneró la normativa estatal y la Directiva europea de 1998, así como la interpretación que de dicha Directiva ha efectuado la jurisprudencia del TJUE respecto a la importancia del período de consultas para intentar llegar a un acuerdo entre las partes. La subsanación extemporánea por la parte empresarial no resuelve el conflicto, y menos cuando no se

aplica en la práctica, "quebrándose nuevamente los principios de la buena fe, puesto que se propuso un sistema de selección y se aplicó arbitrariamente otro".

La vulneración de la normativa, con el efecto de hurtar a la negociación entre las partes el debate sobre qué criterios de selección aplicar y, en su caso, las condiciones de aplicación, implica la nulidad de la decisión empresarial, pero además si se produce en un conflicto como el que ahora estoy analizando también se vulnera la prohibición de arbitrariedad en el acceso al empleo público que la Sala considera, con buen criterio, que ha de extenderse también "al momento de la pérdida de la condición de empleado público, puesto que de otra manera el derecho se vaciaría de contenido". La plasmación concreta de esta doctrina, pues, se proyecta en el terreno práctico con la obligación de conocimiento y debate sobre los criterios de selección y la posterior especificación con respeto a los citados principios constitucionales, siendo en su caso el trabajador individualmente afectado el que puede impugnar la decisión en proceso individual (art. 124.13 LRJS) si considera que su aplicación no ha respetado lo acordado por las partes o fijado por la empresa.

En definitiva, la Sala acuña tres grados de precisión exigible a los criterios de selección de los trabajadores despedidos, que van de menos a más ("menor intensidad, intensidad media e intensidad máxima"), cuya explicación detallada se encuentra en la página 102 de la sentencia, a la que me remito, diferenciando entre despidos por causa económica genérica que afecte a la empresa en general y que esta sea privada, los que se producen por las restantes causas o bien por una causa económica "muy específicamente referida a algún sector de la empresa", y otra vez que esta sea privada, y los producidos por cualquier causas y que afecten a trabajadores de la AA PP o entes públicos a los que es de aplicación el art. 23.2 CE, muy en especial cuando el personal afectado haya accedido al empleo público mediante procedimiento de ingreso basado en los principios de mérito, igualdad y capacidad, habiendo adquirido la condición de personal laboral fijo.

Pues bien, de los hechos probados resulta que la empresa no fijó con la debida claridad y precisión esos criterios de selección ni en el documento inicial del período de consultas ni tampoco en el de comunicación de la decisión final adoptada por la empresa tras ese período, recordando, y así lo he explicado con anterioridad, que los mismos eran "totalmente imprecisos" y permitían "múltiples aplicaciones", requiriendo de un manual posterior de aplicación que no fue objeto de examen durante el período de consultas y que no respetaba en sus contenidos los principios constitucionales referenciados. Si a ello se añade que sólo se aplica a los trabajadores fijos y no a los temporales, se observa que chirría jurídicamente hablando la preferencia concedida a los primeros por la disposición

adicional vigésima de la LET, "tendrá prioridad de permanencia el personal laboral fijo que hubiera adquirido esta condición, de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, a través de un procedimiento selectivo de ingreso convocado al efecto", si bien matizada porque ha de fijarse por "los entes, organismos y entidades a que se refiere el párrafo anterior", es decir los incluidos en el art. 3.2 de la LCSP.

A modo de cierre de toda su argumentación, y aunque se encuentre recogida en este último bloque de la sentencia, cabe enfatizar la dura crítica que realiza la Sala a la posibilidad de que los despidos puedan llevarse a cabo desde el momento de adopción de la decisión empresarial, 29 de noviembre de 2013, hasta más de un año después, el 31 de diciembre de 2014, convirtiendo las relaciones laborales en la empresa durante todo este largo período en un "estado de excepción" ("situación de excepcionalidad" es la expresión que utiliza la sentencia) durante el que cualquier trabajador afectado por los genéricos e imprecisos criterios de selección podría ser despedido, y de ahí a la instauración de la "cultura del miedo" no habría más que un paso, siendo criticada esta posibilidad por la Sala no ya sólo con carácter general para cualquier empresa sino ahora mucho más si se aplicara "en una empresa pública en la que debería regir la interdicción de la arbitrariedad".

4. Contra la sentencia de la AN se interpuso recurso de casación por la abogacía del Estado con alegación de ocho motivos al amparo de los apartados d) y e) de la Ley reguladora de la jurisdicción social, con petición de modificación de hechos probados y alegación de infracción de la normativa y jurisprudencia aplicable. En su preceptivo informe, la fiscalía solicitó la estimación parcial del recurso y sus tesis han sido acogidas por la Sala. Pero, antes de seguir, reproduzco el resumen oficial de la sentencia:

"Despido colectivo en sociedad anónima de titularidad pública. TRAGSA. Su naturaleza jurídica. Falta de legitimación pasiva de su filial TRAGSATEC, por no concurrir en el grupo datos cualificadores para extenderle una hipotética responsabilidad solidaria. Las cuentas provisionales que obligadamente han de aportarse comprenden también el estado de cambios en el patrimonio neto y de flujos efectivos, pero es suficiente su aportación material, inferida –por substracción– de las cuentas anuales y provisionales, sobre todo si a la finalización del proceso negociador se manifiesta a la inspección de trabajo la suficiencia de la documentación proporcionada. No es necesario actualizar o presentar justificación adicional sobre la causa organizativa cuando se reduce el número de trabajadores a los que ha de alcanzar la decisión extintiva. Suficiencia de criterios de selección expresados de forma genérica, pero con referencia a cuadro geográfico y funcional de puestos excedentarios, con criterios de polivalencia multifactorial y respetuosos con los principios de mérito y capacidad, que además no han sido cuestionados en el periodo de negociación. No es contrario a derecho que una empresa pública extinga los contratos de trabajadores indefinidos y que no incluya a los temporales en la relación de afectados. Inexistencia de causa de nulidad. Decisión ajustada a derecho por concurrencia de causas económicas, productivas y organizativas. Voto particular".

5. Como he dicho, contra la sentencia de instancia se interpuso recurso de casación. Los cuatro primeros motivos se fundamentan en el art. 207 d) de la LRJS y piden la revisión de los hechos probados sexto, séptimo y decimotercero, y la adición de un nuevo hecho decimosegundo bis.

A) Tras repasar la consolidada doctrina jurisprudencial de la Sala sobre los requisitos que se requieren para poder modificar los hechos declarados probados en instancia, señaladamente la trascendencia de la modificación, la Sala aceptará la primera modificación, y ello tendrá incidencia indudable en la resolución al entrar en el examen del contenido sustantivo o de fondo del recurso basado en el apartado e) del art. 207, consistente en la modificación de dos párrafos del hechos probado sexto. Transcribo a continuación el texto de la sentencia de la AN y el de la dictada por el TS.

| | |
|---|---|
| HP 6º Sentencia AN (párrafos tercero y cuarto). | Redacción propuesta en el recurso y aceptada por el TS. |
| TRAGSATEC no tiene personal directivo ni administrativo propio, ni estructura administrativa propia, si bien adquirió en propiedad un inmueble en 2002 en el que dispone de oficinas en Madrid. Las personas que ocupan sus órganos de dirección están dadas de alta en la empresa TRAGSA. El personal administrativo de TRAGSA es el que lleva la dirección y gestión administrativa de TRAGSATEC, de manera que alrededor de 400 trabajadores administrativos de TRAGSA prestan sus servicios también para TRAGSATEC, lo que se fundamenta en un contrato general de gestión suscrito entre ambas sociedades, por el cual TRAGSA factura a TRAGSATEC. | TRAGSATEC tiene Consejo de Administración y organigrama propios»– «TRAGSATEC tiene su propio cuerpo de administrativos. Se ha suscrito un contrato según el cual TRAGSA prestará servicios de gestión a TRAGSATEC … El personal empleado en la ejecución de este contrato de prestación de servicios se encuentra dado de alta por la empresa TRAGSA. El número de personas que desempeñan tareas relativas a dicho contrato asciende a unos 400 trabajadores, si bien el total de trabajadores de TRAGSA es de 5.423 y el de TRAGSATEC de 4.230. |
| Los inmuebles donde están situados los servicios de la empresa TRAGSA son propios de esta empresa o arrendados por ésta y en esos locales se sitúa la estructura central y territorial de TRAGSATEC. Lo mismo ocurre con el equipo y material, maquinaria, ordenadores, software y demás elementos productivos, que son titularidad de TRAGSA y son los que utiliza TRAGSATEC, aunque por su propia actividad la necesidad de uso por TRAGSATEC de maquinaria de construcción es relativamente pequeña. La flota de vehículos contratada en la modalidad de renting por TRAGSA es de uso común. El uso de al menos algunos locales de TRAGSA (propios o arrendados) por TRAGSATEC está apoyado en contratos de arrendamiento o subarriendo por los que se factura. También existen facturas entre ambas empresas por servicios como el de reprografía. El servicio de limpieza de las oficinas y locales de Madrid está contratado de forma conjunta por TRAGSA y TRAGSATEC como grupo de empresas, si bien existen al menos algunas facturas separadas de dichos servicios. TRAGSATEC se hacer cargo de los seguros de responsabilidad de su propio personal y por sus obras y TRAGSA de los suyos. TRAGSATEC abona ciertos servicios de limpieza y otros. El personal que desarrolla sus tareas como mano de obra directa para las diferentes encomiendas esté diferenciado, de manera que los trabajadores de mano de obra directa de TRAGSA desarrollan las encomiendas de TRAGSA y los trabajadores de mano de obra directa de TRAGSATEC desarrollan las encomiendas de TRAGSATEC. Los trabajos realizados entre ambas empresas dan lugar a facturación intragrupo.- | Los inmuebles donde están situados los servicios de la empresa TRAGSA son propios de esta empresa o arrendados por ésta y en esos locales se encuentra el personal de TRAGSA encargado de las labores correspondientes a la ejecución del referido contrato de prestación de servicios. Lo mismo ocurre con el equipo y material, maquinaria, ordenadores, software y demás elementos utilizados para el desarrollo de dicha prestación de servicios, que son titularidad de TRAGSA. TRAGSATEC utiliza para el ejercicio de su actividad sus propios vehículos, maquinaria, y material.<br><br>Entre TRAGSA y TRAGSATEC se ha suscrito un contrato, oneroso, de Servicio de TRAGSA a TRAGSATEC con el objeto de mejorar la coordinación y optimización de los medios mecánicos del Grupo según el cual TRAGSATEC utiliza la maquinaria propiedad de TRAGSA que le resulte de utilidad para el desarrollo de su actividad productiva.<br><br>Si bien TRAGSATEC adquirió en propiedad un inmueble en 2002 en el que dispone de oficinas en Madrid, también dispone de 73 inmuebles arrendados a terceros a lo largo de toda la geografía nacional, y ha suscrito con TRAGSA 31 contratos de arrendamientos y subarrendamientos por los que siempre se factura fijándose las rentas a precio de mercado. |
| | En la contratación de la flota de vehículos en la modalidad de Renting, para uso común del Grupo, intervienen tanto TRAGSA como TRAGSATEC. Asimismo, siempre intervienen tanto TRAGSA como TRAGSATEC en los contratos con terceros para la prestación de servicios o suministros de reprografía, mobiliario y material de oficina, energía eléctrica y servicios de limpieza a TRAGSA o TRAGSATEC, efectuándose por el tercero una posterior facturación individualizada para cada una de las empresas, |

| | |
|---|---|
| | TRAGSA o TRAGSATEC, en función a los pedidos realizados por cada una de las mismas. TRAGSATEC se hace cargo de los seguros de responsabilidad de su propio personal y por sus obras y TRAGSA de los suyos. Los trabajos realizados entre ambas empresas así como la prestación recíproca de servicios entre TRAGSA y TRAGSATEC se formalizan mediante contrato y siempre dan lugar a facturación intragrupo. |
| | TRAGSATEC se hace cargo de los seguros de responsabilidad de su propio personal y por sus obras y TRAGSA de los suyos. El personal que desarrolla sus tareas como mano de obra directa para las diferentes encomiendas esté diferenciado, de manera que los trabajadores de mano de obra directa de TRAGSA desarrollan las encomiendas de TRAGSA y los trabajadores de mano de obra directa de TRAGSATEC desarrollan las encomiendas de TRAGSATEC. |
| En el año 2013 y de forma paralela al despido colectivo de TRAGSA, también TRAGSATEC inició un periodo de consultas de un despido colectivo, fundamentado en las mismas causas que TRAGSA y con informes similares, si bien incorporando los datos contables de TRAGSATEC en lugar de los de TRAGSA.- | En el año 2013 y de forma paralela al despido colectivo de TRAGSA, también TRAGSATEC inició un período de consultas de un despido colectivo fundamentado en las mismas causas que TRAGSA y con informes similares, si bien incorporando los datos contables de TRAGSATEC en lugar de los de TRAGSA. El ERE de TRAGSATEC (n.° 465/2013) fue impugnado ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional (proced. 508/2013) y en él las partes han llegado a un acuerdo de conciliación judicial en virtud del cual los sindicatos actores, por un lado, y ambas empresas TRAGSA y TRAGSATEC, por otro, han acordado aplicar al procedimiento de despido colectivo de la empresa TRAGSATEC las consecuencias propias de lo que se disponga en la sentencia firme que ponga fin al procedimiento 499/13 y acumulados (el de TRAGSA), incluyendo para el personal de TRAGSATEC las mismas medidas sobre incorporación provisional que se han aplicado al personal de TRAGSA». |

La Sala acepta la modificación propuesta por la recurrente considerando que las pruebas documentales aportadas tienen entidad suficiente para proceder a la misma, haciendo suya la tesis del Ministerio Fiscal de tratarse de documentos que fueron pasados por alto por la AN, y destaca además la importancia del cambio propuesto respecto a la supresión de la frase "TRAGSATEC no tiene personal directivo ni administrativo propio ni estructura administrativa propia", rechazando la tesis de su intrascendencia alegada en la impugnación del recurso, ya que la considera "elemento decisivo en orden a calificar la entidad – patológica o no – del grupo de empresas en orden a su posible responsabilidad solidaria". La amplia cita de los "descriptores" que acreditarían a su juicio el error producido se encuentra en el tercer párrafo del apartado 3 del fundamento jurídico segundo. La argumentación de la Sala se acompaña con la demostración, acudiendo nuevamente al art. 207 d) de la LRJS, que los documentos aportados que demuestran dicho error no resultan "contradichos por otros elementos probatorios", y analiza a continuación la prueba documental en que la AN basó su argumentación para concluir que esta "ni justifica el tenor de aquel ni contradice la prueba invocada en el recurso", formulando una poco velada crítica a la tesis de la AN cuando afirma, refiriéndose a su valoración probatoria, que "no creemos que tan limitados datos, ni aislada ni conjuntamente considerados permitan llegar – ni siquiera con un cierto grado de generalización – a las afirmaciones

que se hacen en el sexto ordinal de los HDP..". En definitiva, la Sala hace plenamente suya la tesis del Ministerio Fiscal de aceptación del primer motivo del recurso, que argumentó que los documentos aportados por la recurrente demostraban el error de la AN.

B) También se acepta la modificación del hecho probado séptimo al objeto de incluir un nuevo párrafo del siguiente tenor: "«Respecto al estado de cambios en el patrimonio neto: (1º) en las cuentas anuales de 2012, el importe del patrimonio neto del ejercicio 2012 es de 162.499 en miles de euros, conforme al formato de cuentas anuales: y (2º) en las cuentas provisionales a septiembre de 2013, el importe del patrimonio neto a esa fecha es de 162.497.720 euros. Lo que significa que la variación entre las cuentas anuales de 2012 y las cuentas provisionales de 2013 era de 1.278,00 euros. Respecto al estado de flujos de efectivo: (1º) en las cuentas anuales de 2012, el importe es de 29.634 miles de euros, conforme al formato de cuentas anuales; y (2º) en las cuentas provisionales a septiembre de 2013, el importe a esa fecha es de 24.651.558,88 euros. Lo que significa que la variación entre las cuentas anuales de 2012 y las cuentas provisionales de 2013 era de unos 5 millones de euros". Se acepta la modificación por considerar que los descriptores aportados evidencia claramente el error cometido, y que "es correcta la diferencia entre los años 2012 y 2013 que expone el texto propuesto en el recurso".

C) Por el contrario, no son tomadas en consideración la modificación solicitada en el hecho probado noveno, aun cuando la tesis de la recurrente queda acreditada para la Sala, respecto a las manifestaciones formuladas por la empresa respecto de las cuentas provisionales, pero aquellas "ni tienen la necesaria cualidad fáctica para incorporarse al relatos de hechos ni ostentan la exigible trascendencia, en cuanto que son inocuas a efectos de alterar el sentido del fallo".

D) Sí se acepta la petición de adición de un nuevo hecho probado decimosegundo bis en el que se recoge que la empresa proporcionó a la representación de los trabajadores la documentación necesaria durante el período de consultas en cuanto a los criterios de reducción del número inicial de despidos propuestos, y que los representantes sociales aceptaron, en el momento de la firma del acuerdo, que los criterios de designación eran los expresados en la memoria inicial de la empresa. No era esta, la aceptación del recurso, la tesis del Ministerio Fiscal ya que el contenido de las actas se tuvo por reproducido por la AN, pero la Sala, en un prurito de formalismo no inocuo por la trascendencia que puede tener sobre su decisión final, la acepta por considerar que tales datos son trascendentes y que es conveniente que se recojan de forma expresa en los hechos probados. Me pregunto entonces si en instancia habrá que hacer constar de forma expresa todos aquellos datos y manifestaciones recogidas en las actas de los períodos de consulta (cada vez más extensas) que el tribunal considere relevantes, y en tal caso no sé cuál será la extensión de la sentencia, pero desde luego que sí será una carga de trabajo muy importante para cualquier tribunal, cuestionándose entonces a efectos jurídicos qué es más, y qué es menos, importante, de cada una de las actas (con lo que volvemos al debate de la importancia del rol de los negociadores para que sus tesis sean recogidas en las actas). Por cierto, la Sala no acoge aquí la tesis desestimatoria del Ministerio Fiscal, que exponía en su informe que "tanto las actas durante el período de consultas como la memoria se tienen por reproducidas, por lo que pueden ser valoradas en su integridad por esa Sala"

6. Una vez dada respuesta a las alegaciones formales, es el momento de abordar la resolución del conflicto desde la perspectiva sustantiva o de fondo, ya que la recurrente alega cuatro nuevos motivos al amparo del art. 207 e) de la LRJS. En el primero, se alega inexistencia de grupo de empresa a efectos laborales, con falta de legitimación pasiva de TRAGSATEC; en segundo lugar, que sí se aportó la documentación necesaria para justificar la existencia de la causa económica alegada; en tercer lugar, que la empresa facilitó suficiente información a la parte social sobre los motivos de reducción del número de trabajadores despedidos con respecto a su planteamiento inicial; por último, que sí se concretaron los criterios de selección de los trabajadores cuyos contratos iban a ser extinguidos, que fueron aceptados por la parte social y que "en ningún caso resultan aplicables al personal de las AApp los principios de igualdad, mérito y capacidad del art. 23.2 CE".

Dejo para su estudio en un momento posterior de esta entrada la respuesta a la primera cuestión, por ser un punto de fricción con el voto particular concurrente y el voto particular concordante que

merece tratamiento conjunto, y me centro en primer lugar en la respuesta unánime de la Sala a los tres motivos que alegan inexistencia de las causas de nulidad aceptadas por la AN.

A) En primer lugar, se alega vulneración de los arts. 51. 2 LET y 4.2 del RD 1483/2012, dado que la AN entendió que no se había aportado durante el período de consultas toda la documentación a que estaba obligada la empresa, y más concretamente la relativa al "estado de cambios en el patrimonio neto" y el "estado de flujos de efectivo" (remito a la explicación realizada más arriba sobre la argumentación de la AN). En este punto la cuestión a debate, así lo plantea la Sala, "es la relativa a qué documentos contables habrán de incluirse en las cuentas provisionales".

El TS elogia primeramente el contenido de la sentencia de instancia respecto a su argumentación sobre la necesidad de que la parte negociadora social disponga de información fidedigna sobre los datos económicos de la empresa para poder llevar a cabo la negociación en tiempo y forma útiles, y más concretamente a los datos relativos al año en que se tramita el PDC…, pero disiente de la tesis de la AN y estima el motivo del recurso. Al igual que en muchas otras sentencias, el TS repasa en primer lugar su consolidada doctrina respecto a la finalidad que cumple la obligación de aportar la documentación por parte empresarial, señaladamente, y en ello también he insistido en muchos de los comentarios que vengo realizando desde 2012 a las sentencias dictadas en PDC tras la reforma laboral, que la parte social tenga "una información suficientemente expresiva para conocer las causas de los despidos y poder afrontar el período de consultas adecuadamente", con un tono antiformalista acuñado primeramente por la AN y mantenido después por el TS respecto a la mayor o menor importancia de la falta de entrega de documentos, de tal manera que sólo se predica la causa de nulidad para la falta de entrega de aquellos que tuvieran una importancia determinante en el proceso de negociación, no teniendo la enumeración de documentos que efectúa el RD 1483/2012 "valor ad solemnitatem", y debiendo valorarse cada caso de forma individual para apreciar la mayor o menor trascendencia de los documentos no presentados o que sí lo han sido pero de forma incompleta a juicio de la parte social.

Y es justamente aquí, en este caso concreto, donde cobra su importancia la modificación de los hechos probados explicada con anterioridad, que a juicio del TS permitieron a los representantes sociales disponer de la información necesaria para la negociación, de tal manera que la ausencia formal de los documentos referidos por la AN "carece de la exigible trascendencia para viciar de nulidad la decisión adoptada en el PDC". Apoya su tesis el TS en otros datos como son la falta de crítica por parte sindical a tal falta de documentación en el trámite preceptivo ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y a la aceptación de un preacuerdo con la dirección de la empresa, aun cuando este fuera después rechazado por los trabajadores en asamblea. En fin, el TS insiste en la doctrina de la buena fe negocial y la necesaria coherencia entre lo argumentado y defendido en el período de consultas y el contenido de la demanda interpuesta en sede judicial, que a su juicio no se produjo en este caso concreto. La Sala acoge la tesis del Ministerio Fiscal que insiste en la inexistencia de valor ad solemnitatem de los documentos mencionados en el RD 1483/2012, "..y más en este caso en el que la norma no dice expresamente el contenido de las cuentas provisionales".

B) Se detiene a continuación la Sala en la segunda causa de nulidad estimada por la AN, esto es la falta de actualización de la causa organizativa, no habiendo explicado la empresa a la representación social el motivo de la reducción de su propuesta inicial de 836 despidos a los finalmente 726 aprobados, y el alto tribunal rechaza la tesis de instancia "desde el momento en que con el mismo –aún sin pretenderse– se acaba por reprochar a la empresa –en definitiva– que no ha justificado la reducción del número de extinciones contractuales previstas [con lo que atendía en parte a la propuesta social], con el argumento de que ello suponía una alteración de las causas organizativas que habría de justificarse". Para la Sala, que formula otra vez una nada velada crítica a la decisión de la AN, la sentencia de instancia confunde la causa organizativa con el número de trabajadores, que es a juicio del TS el único que se modifica (no la causa), y no tiene cobertura en el art. 12.1 del RD 1483/2012, que no obliga a presentar ningún informe o memoria para justificar el cambio; desde otra perspectiva, la del desarrollo del período de consultas, el TS entiende, nuevamente a partir de los hechos probados modificados, que sí disponía la parte trabajadora de información sobre el cambio, y que incluso aunque esa información no fuera todo lo completa que hubiera debido serlo en modo alguno podría ser constitutiva de nulidad de la decisión empresarial.

El TS rechaza además que esta falta de formalidad pudiera arrastrar consigo la nulidad del despido a las causas económicas y productivas también alegadas por la empresa, que deberían ser objeto, y así lo serán, de análisis separado para determinar o no su existencia. Por último, el TS formula un juicio de valor que trasciende claramente a mi parecer de un mero razonamiento jurídico y que no creo en modo alguno que fuera la voluntad de la AN, afirmando que la tesis defendida por esta "tiene el nocivo efecto de desmotivar –al menos en parte– la eficacia de las negociaciones y no favorece la posibilidad de que la empresa, de no llegar a un acuerdo, atienda parcialmente a las pretensiones de la parte social, pues ello supondría –conforme a la tesis recurrida– que habría de justificar la modificación –favorable para los trabajadores– de sus iniciales pretensiones extintivas". No veo nada anormal en el terreno de la negociación que la empresa justifique el motivo de su cambio de parecer respecto al planteamiento inicial, y no entiendo el argumento de que ello "desmotivaría" a la parte empresarial a cambiar su planteamiento inicial.

C) Por último, el TS aborda la causa de nulidad relativa a la falta de fijación de los criterios de selección de los trabajadores despedidos, su única afectación a trabajadores fijos, y la ejecución del acuerdo durante un periodo de varios meses. La parte recurrente alega la vulneración del art. 51.2 y la disposición adicional vigésima de la LET, el art. 23.2 CE y los arts. 34, 38 y 41 del RD 1483/2012.

El TS hará suyos todos los argumentos de la Fiscalía a favor de la estimación del recurso. En primer lugar, rechaza que no se aportaran los criterios de selección, ya que del conjunto de la documentación que consta en el procedimiento se desprende claramente a su juicio que sí se formularon, y en relación con los concretos criterios de aquella el TS acepta parcialmente la tesis de la AN pero considera que una cierta "imprecisión formal" no es suficiente para declarar la nulidad de la decisión empresarial. Hay, en definitiva, un diferente criterio de valoración entre la AN y el TS respecto a la concreción de los criterios propuestos por la empresa y la remisión a un manual posterior de aplicación, que para la AN implicaba una actuación unilateral y no negociada de la empresa sobre la fijación de los criterios, y que para el TS sólo sería una mera concreción de los criterios generales expuestos en la documentación presentada a la parte social y a la autoridad laboral, tesis que coincide como ya he dicho antes con la del Ministerio Fiscal, para quien, tanto de la documentación como del preacuerdo alcanzado, tales criterios "aparecen perfectamente perfilados y son objetivos y relacionados con las causas alegadas, a la vez que se trata de que originen el mínimo perjuicio posible…".

La resolución de la validez jurídica de la decisión empresarial la adoptará el TS tras dar su respuesta a la naturaleza jurídica de la empresa TRAGSA, cuestión sobre la que también se detuvo ampliamente la AN en su exhaustiva, aunque no aceptada en buena parte por el TS, sentencia. Como ya he explicado con anterioridad la tesis de la AN sobre la condición formal de TRAGSA como sociedad mercantil estatal pero con la condición material de AA PP y con evidente trascendencia respecto a la aplicación de los criterios de selección, baste decir ahora de entrada que el TS discrepa "por completo" de la consideración de ser la empresa afectada "AA PP", y "parcialmente" de las consecuencias que la AN anuda a su planteamiento en relación con los criterios de selección de los trabajadores afectados. No rechaza en modo alguno la Sala el excelente, al menos a mi parecer, planteamiento doctrinal que efectúa la AN ("las interesantes consideraciones de instancia"), pero lo sitúa en aquello que podría ser ("una trabajada construcción de lege ferenda") y que no responde al marco normativo vigente (la tesis de la AN, dice el TS, "se halla un tanto alejada de la lex data).

Para respaldar su tesis, el TS acude – y creo recordar, aunque la memoria es posible que me juegue malas pasadas, que es la primera vez que lo hace en una sentencia dictada en PDC, a lasentencia del TC núm. 8/2015 de 22 de enero, en la que el TC valida la reforma laboral de 2012 y desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por diputados de los grupos parlamentarios socialista y de la izquierda plural, y más concretamente a su fundamento de derecho 9 y la manifestación de que las sociedades mercantiles estatales.. aunque forman parte del sector empresarial… no son Administraciones Públicas…", y rechaza el encomiable esfuerzo de la sentencia de instancia para justificar su tesis acudiendo a jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del propio TS, con el (limitado y a mi parecer necesitado de mayor desarrollo) argumento de que las

afirmaciones literales de ambos tribunales en las sentencias citadas por la AN "en manera alguna vinculan a esta Sala IV, entre otras razones porque las mismas se hacen en orden a un especifico tema de debate – la libre competencia .. y por ello la doctrina sentada no puede surtir eficacia más allá de ese limitado objeto del proceso…"., ni "sacarse de contexto" las afirmaciones contenidas en las mismas ni extrapolarse al ámbito laboral. Sin rechazar la argumentación del TS, sí que sería conveniente saber hasta qué punto puede incidir sobre la misma, y hago la reflexión a efectos meramente teóricos (es decir de lege ferenda y no de lege data) la reciente sentencia del TC de 5 de noviembre en la que determina la aplicación preferente de la normativa europea cuando ya ha sido interpretada por el TJUE.

Sentada, concretada y determinada, la naturaleza jurídica, formal y material, de la empresa demandada según el TS, llega el momento de abordar la suficiencia de los criterios de selección, suficiencia sobre la que la Sala 4ª dispone ya de un amplio corpus doctrinal que se sintetiza en el apartado 1 del fundamento jurídico décimo y que han merecido particular atención por mi parte en comentarios anteriores de otras sentencias del TS. Insisto en que el alto tribunal considera que los criterios de selección decididos por la empresa "no pueden calificarse como detalladamente precisos", pero ello no va a llevar a aceptar, sino lo contrario, la tesis de la AN, y apuntalará su tesis (nuevamente traigo a colación la importancia de aquello que se dice, y lo que propone, en la mesa negociadora) con el argumento de que la parte trabajadora no objetó los criterios durante el proceso negociador y que fueron aceptados por la misma en el preacuerdo alcanzado con la empresa y después rechazado por los trabajadores.

Mucho más dudosa, en punto a la validez de su fundamentación, me parece la tesis del TS, que es consciente de moverse en un terreno jurídicamente complejo, de "…aquella «evaluación multifactorial» a la que la empresa se remitía [formación, experiencia, polivalencia, implicación, absentismo, puntualidad, etc], bien pudiera en el caso entenderse –pese a su abstracción– como suficientemente explicativa de los criterios a seguir, sin perjuicio de que la propia complejidad justificase que con posterioridad hubiesen de ser desarrollados en un «manual»". Con machacona insistencia la Sala vuelve a destacar la necesidad de coherencia jurídica entre los planteamientos expuestos y defendidos en la mesa negociadora y los argumentos utilizados en sede judicial, por lo que considera contrario a la buena fe negocial que no se argumentara nada al respecto en fase negociadora y que después sí se hiciera en el ámbito judicial.

Por último, sobre los criterios de selección, tras recordar cuál fue el criterio (antes expuesto) de la AN para declarar la nulidad de la decisión empresarial, el TS acepta la tesis de la parte recurrente, que es la misma que la del Ministerio Fiscal, a partir de la conceptuación previa, desde la perspectiva tanto formal como material, de la empresa como una sociedad mercantil estatal. El TS sí acepta parcialmente la tesis de la AN respecto a la "impregnación pública" que es propia de una sociedad mercantil estatal como es TRAGSA, y por ello coincide en que la selección de los trabajadores haya de respetar las previsiones constitucionales recogidas en los art. 23.2 y 9.3 CE, es decir tanto el respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad, como la prohibición de actuación arbitraria en sus decisiones, e incluso creo que deja una puerta entreabierta a la aceptación de la aplicación de los mismos criterios en caso de extinción si concurrieran razones debidamente justificadas para ello, pero discrepa de la tesis que "… - sin admitirse excepción alguna – por fuerza ha de decretarse la nulidad de los despidos si los criterios se alejan de tales principios o si los mismos no permiten su aplicación directa".

En apoyo de su tesis el TS se remite nuevamente, en primer lugar, a la STC núm. 8/2015 para diferenciar el "sector público administrativo" del "sector público empresarial", con consecuencias legales distintas para la regulación de los trabajadores que se encuentren en uno u otro, y también acude después a la doctrina constitucional que diferencia el rigor con el que deben operar los principios constitucionales del art. 23.2 "según se trate del inicial ingreso en la función pública o del ulterior desarrollo", e igualmente a la doctrina constitucional que permite tomar en consideración otros criterios, aun cuando vuelve aquí el TS a defender la corrección de los criterios de selección utilizados que tuvieron en consideración a su parecer los principios de mérito y capacidad, argumentando de manera contundente, y supongo que en un claro intento de sentar doctrina ante

posibles conflictos posteriores que se pudieran plantear en los mismos términos, que ".. llevar más lejos la exigencia – como hace la recurrida – supondría la necesidad de una especia de *salida* del empleo, cuyo apoyo normativa es inexistente; en segundo término, la falta de aplicación del art. 23.2 CE a los contratos laborales (y ciertamente lo son los de los trabajadores afectados por el despido colectivo).

Más radicalmente contrario era el Ministerio Fiscal en su rechazo de la tesis de la AN, con afirmación de que ni la CE ni la LET ni el RD 1483/2012 "establecen una prioridad de permanencia con sujeción a los principios de mérito y capacidad en la sociedad mercantil TRAGSA", añadiendo a continuación que "ni siquiera en el ámbito de las AA PP en estricto sentido la prioridad sería absoluta, pues tanto de la DA 20ª ET como de las normas del Reglamento mencionadas, se desprende que no pueden desplazarse los criterios funcionales objetivos de selección por los criterios subjetivos de mérito y capacidad".

En la misma línea de limitar el alcance de la disposición adicional vigésima se sitúa la sentencia del TS cuando recuerda que la prioridad de permanencia de los trabajadores fijos (según enmienda introducida en la tramitación parlamentaria del proyecto de ley que encuentra su origen en el RDL 3/2012 de 10 de febrero) está subordinada a que "así lo establezcan los ente, organismos y entidades", y que sólo afecta a los entes que dentro del sector público "tienen la consideración de Administraciones Públicas", por lo que al no haber aceptado la tesis de la AN sobre la condición material de TRAGSA como AAPP no es de aplicación.

En fin, sobre la duración del proceso extintivo, y la instauración de la "cultura del miedo" durante un largo período de tiempo en la empresa, el TS no rechaza en modo alguno que pueda haber una situación de tensión no deseable durante varios meses, pero se aparta de la tesis de la AN por considerar que el elevado número de despidos puede conllevar necesariamente que la decisión empresarial se ejecute de forma dilatada en el tiempo, con posibles cambios según cual fuera la situación económica de la empresa y su evolución en meses posteriores. Es decir, el TS otorga una connotación positiva a la decisión de la empresa, tanto porque podría darse una reducción del número de despedidos si mejorara la coyuntura económica como porque la extinción de los contratos de un cierto número de despedidos no se produciría hasta varios meses después de la adopción de la decisión empresarial, "lo que para ellos tampoco deja de ser una cierta contrapartida". Me parece que esta argumentación del TS, aún muy probablemente sin ser esa su intención, podría servir a los negociadores sindicales en las conversaciones con la empresa para buscar una alternativa distinta de la de la aplicación pura y dura de la sentencia. En efecto, si hemos de hacer caso a losdatos facilitados recientemente, el 24 de noviembre, por la federación deservicios de CC OO, que no he visto desmentidos en la web oficial de la empresa, "2.- Actualmente se sigue contratando personal eventual en todas las oficinas de la empresa a nivel estatal, es una muestra evidente del crecimiento de la cartera de pedidos de la compañía. Desde el comienzo del período de ejecución del PDC hasta la actualidad, los contratos temporales firmados en el Grupo supera a los 1336 despidos que ahora pueden ejecuta

8. Estimados los motivos del recurso que pedían la revocación de la sentencia de la AN en su declaración de nulidad de la decisión empresarial extintiva, la Sala procede al examen de las causas económicas, organizativas y productivas alegadas por la empresa para justificar aquella decisión. El TS llegará a una conclusión favorable a la tesis empresarial tras analizar en primer lugar las causas expuestas por la empresa, examinar a continuación cuál es la regulación del PDC en el sector público, tomar en consideración después los hechos probados de instancia (con las modificaciones incorporadas en su caso al haberse aceptado parcialmente la revisión de algunos hechos), y recordar por último cuál es la doctrina de la Sala sobre el control judicial, y su mayor o menor amplitud de la decisión, y más exactamente de su justificación, de proceder a un despido colectivo.

Respecto a la causas de los despidos me remito a la explicación de la sentencia de instancia, y sobre la regulación legal respecto del sector público sólo deseo resaltar ahora la reafirmación de la tesis defendida en anteriores sentencias – y que mereció algún comentario crítico por mi parte – de inaplicación de la Directiva 98/59/CE al sector público, ex art 1.2 de la misma, y más contundentemente aún la tesis de que en el sector público "(la) disposición comunitaria no ha de jugar

papel alguno – ni siquiera interpretativo…". No menos relevante me parece el obiter dicta expresado en el apartado e) de número 3 del fundamento jurídico duodécimo, relativo a cómo debe entenderse la expresión "en todo caso" del art. 34.3 del RD 1483/2012, que para el TS no suscita dudas en cuanto a su interpretación pero aun así – y en definitiva haciendo más flexible la causalidad de la argumentación empresarial para despedir – "no esté de más insistir" en que tal expresión "no se refiere a que la causa económica requiera siempre esa disminución persistente –de ingresos o ventas– en «tres trimestres consecutivos», sino que tal circunstancia comporta ya de por sí la causa económica que se describe, pero sin que ello limite la operatividad –como causa económica– de la más genérica «existencia de perdidas actuales o previstas".

El TS pasa revista, como he indicado, a los hechos probados en instancia, en su versión definitiva, esto es modificada por la aceptación parcial de los motivos del recurso de casación basados en el art. 207 d) de la LRJS, y a continuación se detiene con tranquilidad en repasar su doctrina, que ha ido formándose en el tiempo desde la primera sentencia dictada el 20 de marzo de 2013, sobre "el control judicial sobe las causas del despido colectivo". Recuerda que es ya "pacífica doctrina" que "por fuerza ha de existir un control judicial fuera de la causa", y que por ello deben rechazarse las interpretaciones restrictivas del control judicial recogidas en la exposición de motivos de la Ley 3/2012. Un control judicial que en ocasiones se ha configurado como "un test de proporcionalidad" y en otras de "razonabilidad", pero que en cualquier caso permite

a la autoridad judicial pronunciarse sobre la justeza de las causas alegadas y no convertirse en una mera fedataria del cumplimiento formal de la legalidad por parte del empleador. Los tribunales, siguiendo la doctrina del TS, no entran en la valoración de la decisión empresarial desde el punto de vista de su oportunidad en términos de gestión, pero sí están obligados a examinar si la decisión adoptada es razonable, es decir si guarda proporción, si no es desproporcionada, "entre el objetivo legalmente fijado y los sacrificios impuestos a los trabajadores".

A partir del análisis doctrinal, jurisprudencial, previo, el TS concluye en el caso concreto enjuiciado que la decisión empresarial fue ajustada a derecho por haber quedado debidamente acreditadas a su parecer las causas económicas aducidas y el impacto de la reducción de las encomiendas de gestión en la actividad productiva, circunstancias ambas que justifican la decisión organizativa de redimensionar la estructura de la empresa. El TS constata que la cifra de trabajadores despedidos "es considerablemente alta y superior a la admitida en el acuerdo fallido de 22/Noviembre…", pero la acepta en primer lugar porque es del parecer que el porcentaje de despedidos sobre el total de la plantilla es "poco importante" (expresión mía y no del TS) al tratarse del 8.75 %, o del 13,38 % respecto del personal fijo (no estoy precisamente seguro de que la plantilla de la empresa, y más concretamente los trabajadores afectados, sean del mismo parecer sobre la importancia de este dato), y que incluso "ofrece entidad inferior al tanto por ciento del déficit económico y productivo que está acreditado", pero como el TS sabe perfectamente el terreno movedizo en el que se mueve al comparar estos datos reconoce que formula tal argumentación " aun siendo plenamente conscientes de que la heterogeneidad de los parámetros a comparar –plantilla/déficit– dota de muy relativa fuerza argumental al contraste".

En fin, sobre la diferencia en la propuesta que fue aceptada en preacuerdo y rechazada en asamblea, con respecto a la decisión final, la Sala recuerda su consolidada doctrina sobre aquello que son simplemente ofertas en un proceso de negociación y aquello que son decisiones adoptadas con fuerza jurídica vinculante cuando ambas partes suscriben un texto acordado, por lo que las primeras no tuvieron más valor que el de una propuesta – empresarial – que no fue finalmente aceptada en el proceso negociador. En definitiva, el TS concluye que la medida empresarial no incurrió en "patente desproporción", por lo que fue "razonable" en los términos de la consolidada doctrina de la Sala sobre control de las causas de los despidos colectivos, reiterando una vez más que la valoración judicial no puede alcanzar "a la *oportunidad* gestora de la medida o su posible *optimización*".

8. He dejado para el último punto de mi comentario, el examen del quinto motivo del recurso presentado por la parte recurrente, referente a la responsabilidad solidaria de TRAGSA Y TRAGSATEC, más exactamente a la alegación, estimada por la sentencia del TS que hace suya la tesis del Ministerio

Fiscal, sobre la falta de legitimación activa de la segunda y la inexistencia de grupo laboral entre ambas. El recurso no cita precepto legal alguno en el que basar su argumentación, y entiende infringida la doctrina del TS en su sentencia de 19 de diciembre de 2013, de la que fue ponente el magistrado Luís Fernando de Castro, remitiendo ahora a las personas interesadas en su lectura al comentario que efectué en una entrada anterior del blog.

Como puede comprobarse en mi comentario de la sentencia de la AN, esta examinó detalladamente todos los datos disponibles y llegó a una conclusión afirmativa justamente con apoyo en la doctrina del alto tribunal por entender de aplicación los "criterios adicionales" fijados por el alto tribunal desde su sentencia de 27 de mayo de 2013 para declarar probada la existencia de un grupo de empresas laboral o patológico, si bien el Ministerio Fiscal crítica que "no aclara cuál de los criterios que menciona resulta aplicable de una manera expresa", y a partir de este razonamiento procede, al igual que hará el TS, a efectuar un examen de todos ellos para concluir que "no se da ninguno de los criterios que se mencionan en el FJ tercero (de la sentencia de la AN)…". Recordemos que tales criterios son los siguientes: "1º) el funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, manifestado en la prestación indistinta de trabajo -simultánea o sucesivamente- en favor de varias de las empresas del grupo; 2º) la confusión patrimonial; 3º) la unidad de caja; 4º) la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, con creación de la empresa «aparente»; y 5º) el uso abusivo -anormal- de la dirección unitaria, con perjuicio para los derechos de los trabajadores".

El TS acepta entrar en el examen del motivo alegado por considerar, en contra del criterio de la parte recurrida", que la alegación de infracción jurisprudencial se trata de fundamentar en "cinco folios y medios" del recurso, lo que cumple "sobradamente el requisito de necesaria fundamentación del motivo examinado". Pero antes, de entrar en el caso concreto, considera conveniente, al menos por la mayoría de la Sala, "exponer – aunque de forma breve – nuestra doctrina en torno al *grupo* como empresa". Es justamente este "extensísimo examen" el que motiva el voto particular concurrente de la magistrada Lourdes Arastey, ya que considera que se podía haber evitado "al no tener este ninguna traslación al resultado del pleito". Dado que el despido cuestionado era el efectuado por la empresa TRAGSA, lo procedente hubiera sido según la magistrada abordar primero "las cuestiones relacionadas con la calificación del despido" y si se hubiera derivado de la calificación un pronunciamiento de condena es entonces cuando hubiera debido entrarse, y no antes, a concretar qué sujeto o sujetos eran los responsables. En definitiva, el voto particular concurrente, que comparte la tesis de la sentencia respecto a la anulación de la dictada por la AN, afirma con claridad que "la doctrina de la Sala respecto de los grupos de empresa, que se recoge y se pretende aplicar, no necesitaba de confirmación en un supuesto en el que no se derivan efectos de ningún tipo, no solo para la empresa con respecto de la cual se pretendía por los demandantes la extensión de responsabilidad, sino ni siquiera con la empresa que efectuó el despido, al ser ésta absuelta como consecuencia de apreciar que su actuación se ajustó a derecho".

¿Tiene importancia, más a efectos doctrinales y obiter dicta de cara a posibles futuros conflictos del mismo tenor, la explicación o repaso previo de la sentencia sobre la doctrina de la Sala relativa al grupo de empresas como empleador? Sí, la tiene, y no es por ello de extrañar que aún y existiendo unanimidad sobre la revocación de la sentencia de la AN se haya formulado el voto particular concurrente y muy en especial el voto particular concordante suscrito por el magistrado Fernando Salinas y otros tres miembros de la Sala por discrepar del criterio adoptado por la mayoría de la Sala "sobre el concepto y determinación del *verdadero empresario* de los trabajadores afectados".

La sentencia efectúa aquello que califica de "matización terminológica" (¿es sólo una matización?), exponiendo que la expresión grupo patológico "ha de ser reservada para los supuestos en que las circunstancias determinantes de la responsabilidad solidaria se enmarcan en el terreno de la ocultación o fraude". Ahora bien, sigue razonando la sentencia, "… cuando los datos objetivos que llevan a esa responsabilidad laboral no se ocultan, no responden a una actuación con finalidad defraudatoria ni atienden a abuso alguno, la terminología más adecuada más bien debiera ser la de «empresa de grupo» o «empresa-grupo», que resultaría algo así como el género del que aquél –el grupo patológico– es la especie, cualificada precisamente por los referidos datos de abuso, fraude u ocultación a terceros".

Sentada esta aparentemente sólo matización terminológica, la Sala repasa muy extensamente (más de ocho páginas de la sentencia) su doctrina sobre el grupo de empresas como empleador y su hipotética aplicación al caso enjuiciado, reiterando también la explicación de aquellos hechos probados que considera necesario tener en especial consideración para la resolución del litigio, "y aún a riesgo de resultar un tanto reiterativos". Es aquí donde cobra especial importancia la modificación aceptada de los párrafos tercero y cuarto del hecho probado sexto, en concreto que TRAGSATEC "tenga Consejo de Administración diferenciado – en sus miembros componentes – de TRAGSA, así como organigrama y cuerpo administrativo propio…", y que aquella ha suscrito con esta "31 contratos de arrendamiento con las rentas a precio de mercado". Para la Sala, no concurre ningún elemento adicional, de los requeridos por la jurisprudencia del TS, para que pueda sostenerse, tal como había hecho la AN, la existencia de un grupo laboral y consiguiente responsabilidad solidaria entre ambas empresas.

El debate sobre la existencia o no de un grupo de empresas a efectos laborales es ciertamente importante y requiere de un análisis mucho más detallado del que pueda hacer en este momento, y más cuando no era ni mucho menos el núcleo duro del conflicto a mi parecer, por lo que remito a las personas interesadas a los comentarios de otras sentencias en que me he detenido con detalle en este punto. Aquí y ahora, sólo me interesa destacar, por estar ahí la clara e innegable fricción con el voto particular concordante, que la Sala considera que "tampoco está acreditado un uso abusivo de dirección unitaria" (vid apartado e del número 5 del fundamento jurídico quinto) y que aquello que debe considerarse definitorio pata apreciar la responsabilidad solidaria, la existencia de un grupo de empresas laboral o patológico, es "–sobre todo– la existencia o inexistencia de ánimo defraudatorio en la constitución y/o actuación de la persona jurídica [desviaciones patrimoniales; infracapitalización; concentraciones o usos indebidos de personal; etc.], particularmente en orden a la protección de los derechos de los trabajadores. Y en el caso de que tratamos, los HDP definitivamente aceptados –a los que nuevamente nos remitimos– son expresivos de actuación diversificada e independiente, sin que concurran datos que permitan afirmar –como en algún supuesto hemos entendido– que «en puridad no existe una titularidad jurídica empresarial de cada una de las sociedades demandadas, pues aun formalmente distintas, actúan en realidad como una única empresa, constituyendo pues el verdadero empresario, con la responsabilidad solidaria que de ello se deriva para todas las sociedades que integran formalmente el grupo» (SSTS 26/03/14 –rco 86/14–, asunto «Metalkris» ; y SG 21/05/15 –rco 257/14–, asunto «Servicontrol»)".

Dicho sea incidentalmente, la Sala no da mayor importancia, más bien ninguna, al hecho de que los PDC de ambas empresas fueran tramitados en paralelo y que las partes acordarán aplicar al de TRAGSATEC lo que resultara jurídicamente hablando del conflicto de TRAGSA, ya que la realidad del tráfico mercantil en el que operan ambas lleva, siempre a juicio de la Sala, que no tenga nada de extraño "…, antes al contrario, que las partes –empresa y sindicatos– consideren que el resultado deba ser el mismo para una y otra sociedad del grupo, y que a ello se avengan en trámite de conciliación; máxime cuando presumiblemente ambos procesos hubieran tenido –aún sin acuerdo y en razón a las identidades referidas– una decisión judicial coincidente".

Es justamente sobre las argumentaciones precedentes, contenidas en el fundamento jurídico quinto de la sentencia, donde el voto particular concordante concentrará su discrepancia, ya que parte de la premisa del acierto de la sentencia de la AN en cuanto al reconocimiento de las dos empresas tantas veces citadas como un grupo a efectos laborales, "por lo que les es exigible responsabilidad solidaria por su condición de empleadora de los trabajadores afectados". Tras recordar cuál es la fundamentación jurídica de la sentencia de la AN el voto particular afirma que, a pesar de los cambios introducidos en los hechos probados por la aceptación parcial del recurso, y que afectan a los datos de hecho que fundamentan la unión empresarial. "… existen datos suficientes para afirmar la existencia de una *dirección unitaria* que justificaría la determinación del *verdadero empresario*".

El voto destaca que la Sala reformula nuevamente su doctrina sobre el grupo de empresas como empleador (no es sólo una matización terminológica, añado yo ahora, la propuesta por la mayoría de la Sala y recogida en la sentencia) y critica que para exigir responsabilidad solidaria "ponga esencialmente el acento en la ocultación, en la finalidad defraudatoria y en el abuso", y más crítico es aún con el hecho de que, aún no abandonado el concepto clásico de "dirección unitaria", "…efectúe cuestionables matizaciones para llegar a la conclusión, con alegado amparo en el informe del Ministerio Fiscal, para entender que una dirección que ha quedado acreditada como "plenamente

coordinada" (o de "apreciable centralización en la estructura ejecutiva") no es una "dirección unitaria". Recordemos que se afirma que <>.

En este punto, el voto recuerda que aplicando las reglas generales sobre fraude ley y abuso de derecho, contenidas en los arts. 6.4 y 7.2 del Código Civil, ya se puede "levantar el velo " (doctrina jurisprudencial) y aplicar a los sujetos defraudadores la normativa que intentaron evitar, pero es también del parecer, y se apoya en varias sentencias anteriores dictadas por la propia Sala, con cita expresa de la de 26 de marzo de 2014, así como en varios votos particulares formulados por el mismo magistrado en otras sentencias sobre qué debe entenderse por auténtico empleador de acuerdo a lo dispuesto en el art. 1.2 de la LET, que cuando existe una coordinación de actividades, en modo alguna ocultas, de las que deriva un beneficio común como consecuencia de recibir también en común los rendimientos o frutos del trabajo, "debe entenderse que constituyen en común el "verdadero empresario" de los correspondientes trabajadores y deben asumir conjuntamente sus responsabilidades con base en el propio concepto de empresario contenido en el art. 1 LET y sin necesidad de acudir a la normas civiles del fraude de ley o del abuso de su derecho, pues su conducta ni es ni debe considerársele abusiva ni fraudulenta ni patológica".

En suma, el voto particular sitúa el centro de la cuestión litigiosa, en que el concepto de grupo de empresas laboral o patológico, o si se quiere utilizar la nueva terminología utilizada por la Sala, la "empresa-grupo", debe resultar del análisis jurídico de quien recibe la prestación de servicios de los trabajadores y no partir de que sea necesario que la actuación coordinada de las empresas sea llevada a cabo de forma fraudulenta o con abuso de derecho. Respecto a la sentencia de 26 de marzo de 2014, de la que fueponente el magistrado Jordi Agustí, en mi comentario de la misma manifesté lo siguiente: "A juicio de la Sala, que confirma la tesis del TSJ, de los datos fácticos queda suficientemente acreditada la existencia de una dirección unitaria, acreditación que explica de manera detallada en el apartado 4 del fundamento jurídico cuarto de su sentencia y al que remito a las personas interesadas en su lectura, porque aquello que ahora quiero destacar es que la Sala, o al menos los miembros de la misma que han votado a favor del fallo desestimatorio del recurso, han tenido muy en consideración a mi parecer anteriores votos particulares presentados sobre el concepto real y no meramente formal de empleador del art. 1.2 a los efectos de imputación de responsabilidad solidaria…", y también que "En conclusión, la Sala considera que en el "caso Metalkris" , ha quedado perfectamente probada la existencia de una dirección unitaria de las tres empresas, una organización y dirección conjunta de todas ellas que llevan a considerar la existencia del grupo de empresas a efectos laborales y su consideración de empleador real;  o por decirlo con las propias palabras de la Sala, "bien puede decirse, que en el presente caso, la "dirección unitaria" de las tres sociedades demandadas que se ha descrito, constituye, en realidad la "organización y dirección" a que alude el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores, cuando hace referencia al "empleador o empresario", o dicho de otra manera, en puridad no existe una titularidad jurídica empresarial de cada una de las sociedades demandadas, pues aun formalmente distintas, actúan en realidad como una única empresa, constituyendo pues el verdadero empresario, con la responsabilidad solidaria que de ello se deriva para todas las sociedades que integran formalmente el grupo".

Como pueden comprobar los lectores y lectoras, el debate sobre el auténtico empleador y la responsabilidad solidaria cuando se aprecia la existencia de grupo de empresas laboral sigue estando bien presente en las sentencias del TS, más allá de las precisiones o matizaciones terminológicas que quieran hacerse a la realidad jurídica. Es de prever, vistos los términos de la sentencia que he comentado en esta entrada del TS, que el debate se acentúe en próximas resoluciones judiciales.

9. Mientras tanto, y aquí concluyo, buena lectura de las dos sentencias, porque en esta ocasión estoy convencido de que no es posible hacer un fiel seguimiento de la dictada por el TS sin conocer previamente, y muy bien, la dictada por la AN.

### *2.2.20. Despidos colectivos. El impacto de la crisis en las sociedades con capital autonómico y local. Nota breve a la sentencia del TS de 24 de noviembre de 2015 (caso Gestur).*

Un nuevo seguimiento de la base de datos del CENDOJ me ha permitido encontrar nuevas sentencias dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en procedimientos de despidos colectivos. Una de ellas, que motiva esta breve nota, es

la sentenciadictada el 24 de noviembre de 2015, de la que fue ponente el magistrado Fernando Salinas, que desestima el recurso de casación, en los mismos términos que la propuesta formulada en el preceptivo informe del Ministerio Fiscal, interpuesto por la representación del personal (el único delegado de personal existente) contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justiciade Canarias (sede Las Palmas) de 5 de noviembre de 2014.

El litigio encuentra su origen en la demanda interpuesta, y posteriormente desestimada, por la representación de los trabajadores de la empresa Gestur SA contra la decisión empresarial de proceder al despido de la totalidad de su plantilla, un total de 14 trabajadores, por causas económicas de las que se da debida cuenta en el antecedente de hecho cuarto de la sentencia del TS que recoge los hechos probados de la resolución de instancia. Contra la sentencia del TSJ se interpuso recurso de casación con alegación de error en la apreciación de la prueba (art. 207 d de la LRJS) e infracción de la normativa aplicable (artículo 207 e).

Con la revisión fáctica solicitada el objetivo perseguido era demostrar que la situación económica de la empresa fue deliberadamente provocada para liquidar la sociedad, instando la modificación del hecho probado decimocuarto en el que se da cuenta de tal situación. La petición, en cuanto que tiene una argumentación jurídica que pone de manifiesto una tesis contraria a la del TSJ, debe ser desestimada por no encajar en la mera revisión de hechos regulada por el art. 207 d) LRJS y en cualquier caso pudiera ser objeto de valoración jurídica al amparo de la pertinente alegación y con encaje en un motivo del recurso que permita la misma, pero además es rechazada por la Sala porque la generalidad de la argumentación, en concreto que su petición de modificación "se basa en los documentos del ramo de esta parte", no cumple ninguno de los requisitos requeridos por la consolidada jurisprudencia del TS para que pueda ser admitida una revisión, tales como la cita concreta donde se demuestre la equivocación del juzgador, la propuesta de nueva redacción y la influencia (trascendencia) que pueda tener en la decisión final de resolución del recurso. En cualquier caso, en la fundamentación jurídica de la Sala se rechaza la tesis de la recurrente, compartiendo la tesis de la de instancia y también del Ministerio Fiscal, porque "resulta claramente que la empresa no era viable al no existir demanda de mercado para ventas y causar ingresos sostenidos del 0 %".

Desde el plano jurídico sustantivo o de fondo, la argumentación se centra en la presunta infracción del art. 51.2 de la Ley del Estatuto de los trabajadores por no haberse celebrado un auténtico período de consultas a juicio de la parte recurrente, con la argumentación de la inamovilidad de la posición empresarial durante el mismo, su ampliación más allá del período de tiempo legalmente establecido, y por no haber instado el concurso de acreedores con lo que ello implicaba de perjuicio para los trabajadores, poniendo de manifiesto la Sala que la recurrente mezclaba "sin distinción precisa alegaciones de dolo, fraude, coacción o abuso de derecho".

El TS recuerda en primer lugar el contenido del citado precepto y, partiendo del inalterado relato de hechos probados, rechaza la tesis de la recurrente, por cuanto queda debidamente probado que sí que hubo negociación y que la empresa efectuó diversas propuestas, con independencia de que no se llegara a un acuerdo.

En segundo término, sobre la prolongación del plazo de quince días del período de consultas (al tratarse de una empresa de menos de 50 trabajadores) fue decidida de común acuerdo, por lo que sería un contrasentido jurídico ir contra los propios actos, pero además no tuvo ninguna incidencia en el normal desarrollo del proceso negociador, por lo que difícilmente puede argumentarse que viciara el procedimiento.

En tercer lugar, tampoco se acepta la elusión alegada del concurso de acreedores y el perjuicio para los trabajadores, ya que no quedó probado que estos hubieran percibido los salarios e indemnizaciones

debidos más allá de la fecha prevista en la decisión empresarial, trayendo además a colación en defensa de su tesis la doctrina sentada en sentencias de 2 y 23 de diciembre de 2014, de la que me interesa ahora recordar que la hipotética existencia de perjuicios "no podrían sustentar una declaración de nulidad del despido colectivo, que al amparo del ya citado artículo 124.11 de la LRJS , interesa el recurrente, sino en todo caso el ejercicio de una acción de responsabilidad contra los administradores de la sociedad demandada, conforme a lo dispuesto en los artículos 236 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio; acción para el conocimiento de la cual no sería competente el orden social de la Jurisdicción según inveterada doctrina jurisprudencial de esta Sala (sentencias entre otras muchas de 09-11-1998 (rcud. 2252/1998 ) y 17-01-2000 ( 3978/1998 )".

Por último, la parte recurrente alegó igualmente incumplimiento del art. 51.2 de la LET por falta de documentación sobre la causa económica que estaba legalmente obligada a presentar la empresa, argumentación que resulta sorprendente si se repara, inalterados los hechos probados, que "no consta ni se denunció en las sucesivas reuniones la falta de documentación ni se formuló oposición a su sucesiva aportación".

Sí queda probado que se aportó la documentación relativa a la grave situación económica de la empresa derivada del programa de viabilidad puesto en marcha y que encaja en el programa de ajuste del gobierno canario puesto en marcha en 2011, no siendo ocioso recordar aquí que el accionista mayoritario de la empresa era el gobierno autonómico con un 86,97 % del capital, y que esta se encontraba funcionalmente adscrita a la Consejería de Obras Públicas, Transportes y Política territorial.

Respecto al momento de la presentación de la documentación, la Sala trae, correctamente a mi parecer, en apoyo de su argumentación la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la flexibilidad que debe permitir la entrega de documentación durante todo el período de consultas, siempre y cuando se garantice la realización efectiva del proceso negociador, esto es que los representantes de los trabajadores participen en el proceso de consulta lo más completa y eficazmente posible" (Sentencia de 10 de septiembre de 2009, asunto C 44/08).

### *2.2.21. Despidos colectivos. Inexistencia de cesión ilegal. Sobre la protección de los trabajadores en el sector público. Notas a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2016, caso "Caminos Jaén SA" (y nuevamente con voto particular discrepante de cuatro magistrados y magistradas).*

1. Es objeto de anotación en esta entrada del blog la sentencia dictada por el Pleno de la Salade lo Social del Tribunal Supremo el 11 de febrero de 2016, de la que fue ponente el magistrado Luis Fernando de Castro, que desestima el recurso de casación interpuesto por la parte trabajadora contra la sentencia dictada el 11 de diciembre de 2014 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede Granada), que desestimó la demanda y declaró, en los mismos términos que la propuesta del Ministerio Fiscal, ajustada a derecho la extinción colectiva de la totalidad de la plantilla de la empresa Caminos JaénSA.

La sentencia cuenta, al igual que otras importantes resoluciones del TS dictadas recientemente y que he tenido oportunidad de analizar críticamente con detalle en anteriores entradas, con un voto particular suscrito por la magistrada María Luisa Segoviano (ponente inicial de la sentencia) y al que se adhieren los magistrados Jordi Agustí y Fernando Salinas, y la magistrada Rosa Virolés, cuya tesis principal, muy parecida a la defendida en anteriores votos particulares sobre el carácter protector o tuitivo del Derecho del Trabajo, es que la solución adoptada en la sentencia mayoritaria "comporta un retroceso en la protección de los derechos de los trabajadores que prestan sus servicios en el ámbito del sector público a los que se da un trato peyorativo respecto de los del sector privado, sin que tan diferencia tenga sustento alguno en la normativa aplicable", siendo su parecer que la estimación del recurso hubiera debido llevar a la condena solidaria de la sociedad y la Diputación, a fin de proceder a que "readmitan a los actores en sus anteriores puestos de trabajo, así como que les abonen los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que se produzca la readmisión".

2. Vayamos al examen de la sentencia del TS, publicada en CENDOJ y cuyo resumen oficial es el siguiente: "Despido colectivo. Empresa mixta -«caminos Jaén, SA»- que gestiona el servicio público para creación y mantenimiento de caminos rurales. Inexistente fraude en su constitución por la diputación provincial y cesión ilegal de trabajadores, aunque se hubiesen fijado sólo 15 años de duración social, se reservase la diputación provincial cargos en la dirección, así como determinadas prerrogativas, y también se hubiese contemplado la reversión de bienes. Inexistente fraude en su extinción por cumplimiento del término previsto y en despido colectivo por la extinción y por la existencia de pérdidas. Inexistente denuncia relativa a posible sucesión empresarial con la reversión del servicio público. Voto particular".

En los hechos probados de la sentencia de instancia, recogidos en el antecedente de hecho cuarto de la sentencia del TS, pueden seguirse con detalle los avatares del conflicto del que ha conocido la sentencia ahora analizada. ¿Qué es aquello que creo que interesa destacar? La contratación de los trabajadores después demandantes (salvo tres) por la Diputación de Jaén (primera empleadora), encargada de la creación, reparación y mantenimiento de los caminos rurales, de titularidad municipal, de la provincia. La posterior creación de un consorcio para llevar a cabo tal actividad, o más exactamente ocho, formando parte de los mismos la Diputación y distintos municipios agrupados por zonas geográficas de la provincia, por lo que los trabajadores "pasaron a depender laboralmente de los Consorcios de los Caminos Rurales..", siendo relevante recordar que su actividad era competencia municipal de acuerdo a lo establecido en el art. 25.2 d) de la Ley de Bases de Régimen Local. Finalmente, se crea la empresa Caminos Jaén SA, de la que pasan a depender los trabajadores hasta que se produce el despido colectivo, en cuanto que esta empresa "se obligaba a contratar a todo el

personal que prestaba sus servicios en los ocho consorcios…" (la empresa se crea el 11 de marzo de 1999 y la decisión empresarial se lleva a cabo tras finalizar el 14 de agosto de 2014 sin acuerdo la tramitación del preceptivo período de consultas, siendo importante señalar que su vida sería de quince años y que una vez finalizada "revertirían a la Diputación de Jaén, en condiciones normales de uso, todas las máquinas, instalaciones, bienes y material integrantes de los servicios, sin contraprestación por parte de Diputación..", si bien se preveía la posibilidad de prórroga de la vida de la empresa, que no llegó a convertirse en realidad).

Dicha empresa tenía por actividad social la realización de los trabajos antes enumerados, de conformidad con el encargo efectuado por la Diputación Provincial, que puso a su disposición maquinaria que debía dedicarse de forma exclusiva a esa actividad. La sede social de la empresa se encontraba en la sede de la Diputación, siendo de capital municipal y capital privado, presidida por el presidente de la Diputación y fijándose en sus estatutos que en los últimos cinco años de vida "el número de votos de la Diputación sería el doble de los que correspondían a la proporción del capital por ella aportado".

Me interesa destacar en especial el hecho probado 13 de la sentencia de instancia, en el que se recoge que "La facturación de la Sociedad por los trabajos realizados iba dirigida a la Diputación la cual abonaba las cantidades correspondientes y las descontaba de las transferencias de fondos que posteriormente hubiera de realizar al Ayuntamiento en cuyo término municipal se hubieran realizado los trabajos de reparación de los caminos rurales".

La decisión de disolver la sociedad se adoptó por la Junta de Accionistas el 17 de marzo de 2014, y la decisión fue comunicada al delegado de personal el 23 de julio, procediéndose a la apertura del período de consultas para la extinción de los contratos de la totalidad de la plantilla, que una vez producida motivó la demanda interpuesta ante el TSJ andaluz.

3. Contra la sentencia de instancia se interpuso recurso de casación en el que se reiteran argumentos expuestos en la demanda y basados en síntesis en la alegación de existencia de una cesión ilegal de trabajadores y petición de nulidad de la decisión empresarial, y subsidiariamente la declaración de su improcedencia. El recurso se sustenta en los apartados d) y e) del art. 207 de la Ley reguladora de la jurisdicción social, es decir en la revisión de hechos probados y en la infracción de la normativa y jurisprudencia aplicable, y se concreta en la parte sustantiva jurídica en tres alegaciones; en primer lugar, la existencia de cesión ilegal de trabajadores "por considerar que la verdadera empleadora era la

Diputación Provincial" y la consiguiente vulneración del art. 43.3 de la Ley del Estatuto de los trabajadores ("Art. 43 2. En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en este artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario. 3. Los empresarios, cedente y cesionario, que infrinjan lo señalado en los apartados anteriores responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos"); en segundo término, existencia de fraude de ley en la constitución de la sociedad ejecutora formal de los despidos y vulneración del art. 6.4 del Código Civil; en fin, inexistencia de auténtica negociación durante el período de consultas, con vulneración del art. 124.11 de la LRJS.

El TS desestimará la revisión de los hechos probados, con la que se pretendía poner de manifiesto que existía confusión patrimonial entre Caminos Jaén SA y la Diputación, si bien acepta parcialmente la revisión fáctica solicitada del ordinal segundo de los hechos probados (vid con atención el fundamento de derecho segundo), para excluir una frase de aquel y para "sustituir la expresión *no se facturó hasta el año 2014* por la más precisa- y correcta – de que *se hallaba reconocida y pendiente de pago..".* La revisión parcial, y en los términos expuestos de "reconstrucción" de los hechos por la Sala es duramente criticada en el voto particular, que parte del marco normativo vigente ("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"), afirmando que "Por lo tanto, si se exige a la parte que proponga la concreta redacción que interesa se dé al hecho cuya revisión postula, es porque el Tribunal ha de pronunciarse sobre dicho texto, admitiéndolo, rechazando o admitiendo parte de la revisión que se pretende pero, sin que sea admisible, que el Tribunal "reelabore" el texto propuesto, sustituyéndolo, total o parcialmente, por otro, ya que está vedado a la Sala la construcción del recurso".

La revisión fáctica de los hechos probados sexto y octavo es desestimada por la Sala porque a su juicio no acreditan las conclusiones que pretenden extraerse en un caso, y porque la cita de un bloque de 76 documentos "no es acorde a las exigencias de la revisión probatoria en este trámite extraordinario", por otra, debiendo la parte recurrente concretar el documento en el que sustenta su tesis.

4. Estimada parcialmente una revisión y desestimadas las restantes, en los términos que acabo de explicar, la Sala entra en el análisis jurídico de fondo del conflicto, que no es otro al fin y al cabo, a mi parecer, del alcance de la vinculación de la Administración al ordenamiento jurídico laboral cuando actúa como empleadora y no en el ámbito de la contratación administrativa, manteniendo posiciones radicalmente opuestas por una parte la mayoría de la Sala, concretadas en el texto de la sentencia, y por otra las y los firmantes del voto particular.

La sentencia delimita desde el inicio con claridad didáctica la situación fáctica que ha dado origen al conflicto y que debe ser resuelta, estos es la de trabajadores fijos discontinuos que fueron contratados inicialmente por la Diputación, pasaron después a ser trabajadores de los consorcios rurales, y finalmente prestaron sus servicios para la empresa Caminos Jaén, siempre llevando a cabo la misma actividad, y a continuación procede a dar respuesta a la primera alegación jurídica, la existencia de una cesión ilegal de mano de obra por ser la Diputación la auténtica empleadora de los primero demandantes y ahora recurrentes en cuanto que, según la tesis de la parte trabajadora recogida en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia, la empresa Caminos de Jaén SA "«estaba promovida, dirigida, controlada y financiada» por la DP, que no sólo era «destinataria del servicios y del fruto del trabajo realizado», sino que «decidió la liquidación de la sociedad... de carácter meramente instrumental, para prestar el mismo servicio que la Diputación llevaba a cabo con anterioridad, de forma directa primero, a través de los Consorcios después y finalmente mediante la Sociedad codemandada interpuesta".

La Sala procede al repaso de la doctrina jurisprudencial sobre el concepto de cesión ilegal de trabajadores, en cuanto que no existe una definición normativa expresa de la misma y ha sido construida en sede judicial… para dar inmediatamente un salto jurídico al Derecho Administrativo y afirmar que "Ahora bien, esta legalidad y doctrina laboral no puede cuestionar -ni dejar sin efecto, obviamente- la realidad normativa que en el ámbito del Derecho Administrativo desarrolla la gestión de los servicios públicos", recordando que la normativa de régimen local y de contratación de las Administraciones Públicas permite que en el ámbito local la prestación de los servicios públicos puedan llevarse a cabo mediante «gestión directa»… o por «gestión indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos", siendo una forma de gestión indirecta "precisamente la «Sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas».

Afirmada esta "realidad normativa", que, recuerdo según la Sala, "esta legalidad y doctrina laboral no puede cuestionar.." se procede inmediatamente a concluir que no hay, no ha existido cesión ilegal de trabajadores por haber actuado la administración conforme a la legalidad (administrativa) vigente, ya que Caminos de Jaén SA "posee organización e infraestructura propias, sus trabajadores permanezcan en el círculo organizativo y directivo de la sociedad y no hay confusión alguna de actividades o de prestación de servicios con los empleados de la DP", y esta realidad empresarial no se ve "empañada" a juicio de la Sala por el hecho de que "a) la actividad a realizar sea encomendada por la DP y se corresponda con cometidos de esta última como Administración Pública; b) los medios materiales utilizados sean asimismo de propiedad pública; y c) la DP se haya reservado un importante papel en su máxima dirección y señaladas funciones de inspección y control".

La mayor concreción, o "precisiones aclaratorias" por utilizar las palabras textuales de la sentencia, se encuentran a continuación del contundente afirmación anterior, en el fundamento de derecho quinto", insistiendo con especial énfasis en la aplicación de la normativa administrativa, sin que alcance a ver por mi parte qué impacto o influencia pueda tener dicha regulación en la falta de aplicación de la normativa laboral reguladora de los supuestos de cesión ilegal de mano de obra, a no ser que pudiera entenderse, y así me parece deducirlo de una manifestación formulada en el apartado d), de que "la mejor satisfacción de los intereses públicos" implica la concesión de mayores prerrogativas a la Administración Pública que son desconocidas en el ámbito de la contratación privada, pero la propia Sala se refiere a la atribución de esas prerrogativas "en el ámbito de la contratación administrativa" y no en el marco de la relación jurídico laboral cuando la Administración actúa como empleadora en los términos recogidos en la LET y a los que también se remite el Estatuto Básico del Empleado Público (regulación actualmente recogida en el Real Decreto Legislativo 5/2015 de 30 de octubre).

Es decir, la tesis nuclear de la Sala gira alrededor de la primacía de aplicación de la normativa administrativa sobre la posible aplicación de la normativa laboral, para justificar su tesis de inexistencia de cesión ilegal, haciendo suya la tesis del Ministerio Fiscal de que "«[n]o puede fundarse la cesión ilegal... en que CJ realizara las obras que le encargaba la Diputación, o que los precios era fijados por dicha Diputación, ni que se reservaba facultades específicas... ni, en fin, cualesquiera de las condiciones establecidas en el pliego de condición del servicio, pues son condiciones propias de la encomienda de un servicio público y más en supuestos de empresas mixtas... ". Para la Sala, la aceptación parcial de una revisión de un hecho probado de instancia, que pondría de manifiesto el impago del canon debido a la Diputación, y al débito de una importante cantidad por parte de esta a la sociedad demanda no tienen entidad suficiente para deducir una cesión ilegal de trabajadores, y si bien no existe explicación sobre los motivos de esas dos circunstancia, no parece que deban ir más allá "de una deficiente o singular gestión empresarial", e incluso se acepta, con curiosa hipótesis argumentativa que no deja de ser eso, nada más que una mera hipótesis que formula a Sala y que a mi parecer iría justamente en la línea contraria a la defendida por ella, que el débito de la Diputación hacia la sociedad bien pudiera entenderse como "una singular contrapartida frente a la benevolencia de la DP en orden al pago – no abonado – del canon".

El voto particular mantendrá una tesis radicalmente discrepante al respecto, en una línea de aplicación de la normativa laboral cuando la Administración actúa como empleadora y no meramente en el ámbito de la contratación administrativa. Al respecto me permito incidentalmente remitir a la

ponencia que presenté en la jornada de homenaje celebrada en septiembre de 2015 al fallecido magistrado del TS, y Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla, Manuel Ramón Alarcón, "El Derecho del Trabajo y el empleo público. En especial, reflexiones sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo y las aportaciones del magistradoManuel Ramón Alarcón", dado los muchos puntos de conexión de algunas reflexiones personal y también de anteriores sentencias de la Sala con dicho voto particular.

En este último, no se cuestiona en absoluto las prerrogativas de la Administración en su ámbito de actuación tendente a lograr, por las vías legalmente establecidas, una mejor prestación de los servicios públicos, pero se argumenta de forma radicalmente distinta a la de la sentencia, afirmándose que "Sin embargo, tal realidad no debe hacernos perder de vista que la Administración Pública sometida, como tal, al principio de legalidad, cuando actúa como empleadora está plenamente sometida al más riguroso respeto a la normativa laboral y entre esa normativa se encuentra el Estatuto de los Trabajadores, en cuyo artículo 3 se establecen las fuentes de la relación laboral. Dicha normativa es plenamente aplicable a los trabajadores del Sector Publico que, por el mero hecho de que su empleadora pertenezca a tal sector, no pueden tener un trato menos favorable que el que tendrían si prestaran sus servicios en el ámbito privado, sin que la naturaleza de la empleadora deba comportar una disminución, cuando no supresión, de los derechos que, como tales trabajadores les corresponden, entre ellos, el derecho a la estabilidad en el puesto de trabajo y, en su caso, la identificación del empresario real para el que prestan sus servicios, con la posibilidad de exigir las consiguientes responsabilidades"., por lo que las prerrogativas de la Administración "se reconocen única y exclusivamente en la esfera de la contratación administrativa, no en los supuestos en que la Administración Pública asume el papel de empleadora, en cuyo caso, como se indicó con anterioridad, le es plenamente aplicable la normativa laboral, sin excepción alguna, sin perjuicio de las peculiaridades que puedan existir en determinadas materias recogidas en la Ley 7/2007, de 12 de abril, Estatuto Básico del Empleado Público".

El voto particular discrepante de los cuatro magistrados y magistradas entenderá, con planteamiento radicalmente discrepante respecto a la sentencia de la mayoría de la Sala, que debió estimarse el recurso y declarar la existencia de cesión ilegal de trabajadores a partir de la aplicación de su propia doctrina jurisprudencial, y siempre partiendo de los hechos probados en instancia, con una amplia transcripción de la doctrina sentada en sentencias de 27 de enero y 4 de marzo de 2011, para concluir que estamos en presencia de una empresa cedente (Caminos Jaén SA) y otra cesionaria (Diputación Provincial), no negando en modo alguno que la primera sea real, que esté legalmente constituida , que tenga personalidad jurídica y organización propia, pero sin que ello impida la existencia de un fenómeno interpositorio prohibido por el marco normativo laboral. Y desarrolla su argumentación de forma exhaustiva en el voto particular y del que ahora sólo reproduzco un fragmento, con remisión obligada para todas las personas interesadas, por su interés, a la lectura integra del mismo: "En definitiva, Caminos Jaén SA no es el verdadero empresario ya que, si bien tiene personalidad jurídica propia y diferenciada de la de la Diputación de Jaén, no tiene una estructura y organización propia y autónoma, encontrándose mediatizada y sometida a las decisiones de esta última concurriendo la circunstancia de que, además de ostentar el Presidente de la Diputación el cargo de Presidente de la Junta General y del Consejo de Administración de la mercantil, la Diputación, no solo decide su situación económica mediante las encomiendas y el precio que unilateralmente fija para las mismas, sino que decide la propia existencia de la Sociedad e interviene en su funcionamiento mediante la inspección de los servicios y el control interno sobre los órganos gestores de la Sociedad, imposición de mejoras... No se opone a tal conclusión el hecho de que los trabajadores perciban sus salarios de Caminos Jaén SA, que figuren en alta en la Seguridad Social a nombre de esta empresa o que la misma les conceda las vacaciones, permisos, ejerza funciones disciplinarias etc.. pues lo cierto es que la Diputación de Jaén ejerce, no solo facultades de dirección, a través del Presidente de la Diputación, -ostenta el cargo de Presidente de la Junta General y del Consejo de Administración de la mercantil- sino también de vigilancia respecto a la prestación de servicios, que van más allá de las que corresponde a la empresa principal respecto a la contrata por ella realizada, como es la inspección de los servicios en cualquier momento; obligar a la Sociedad a que asegure los medios personales y materiales suficientes a juicio de Diputación; introducir mejoras en las condiciones de prestación del

servicio, diferentes a las inicialmente pactadas; el derecho a nombrar un Delegado de la Diputación que ejerza facultades de inspección y vigilancia para el control interno sobre los órganos gestores de la sociedad..".

5. Sobre la pretendida existencia de fraude de ley en la constitución de la sociedad demandada, segunda argumentación sustantiva del recurso, se rechaza por la Sala al haber centrado el rechazo a la primera argumentación en la plena validez de la gestión de los servicios público mediante empresas mixtas, una forma "tan legal como usual" para la Sala. Se argumenta que difícilmente podía crearse una sociedad mixta con la finalidad de evitar la aplicación de la normativa laboral quince años más tarde, es decir el tiempo previsto de vida de la empresa (y que así ocurrió, dada la no activación de la posibilidad contemplada en los Estatutos de su prórroga); que el ánimo doloso hubiera debido estar tanto en la propia Administración como en los accionistas privados que pasaron a forman parte de ella, "lo que es ciertamente fantasioso"; en fin, que la normativa reguladora de la contratación del sector público dispone (art. 278) que el contrato de gestión de servicios públicos "no podrá tener carácter perpetuo o indefinido…".

Por el contrario, y de forma totalmente opuesta a la tesis de la mayoría, para el voto particular, también debió ser admitida la segunda alegación del recurso, consistente en la existencia de fraude de ley en la constitución de la sociedad, en aplicación de la doctrina jurisprudencial, con cita expresa de la sentencia de 12 de mayo de 2009, por entender que la licitud de la creación de la sociedad pierde tal condición cuando su objetivo es "evitar la pervivencia de la relación laboral inicialmente existente entre los trabajadores -excepto tres trabajadores- que hoy prestan servicios a la empresa Caminos Jaén SA y la citada Diputación -la relación laboral con ésta se inició tras la realización de pruebas selectivas previas a la contratación, entre los años 1992 y 1996- siendo la unilateral voluntad de ésta suficiente para extinguir la Sociedad, como así ocurrió el 17 de marzo de 2014, acuerdo elevado a escritura pública el 2 de junio de 2014, que acarreó la apertura del periodo de consultas el 23 de julio de 2014, que culminó con el despido colectivo de toda la plantilla. La existencia de dicha Sociedad permite a la Excma. Diputación de Jaén no asumir obligación alguna respecto a los trabajadores, ni en cuanto a la continuidad de la relación laboral, ni en cuanto a la procedencia del despido colectivo ni, en su caso, respecto a la indemnización por dicho despido, apareciendo como único empleador Caminos Jaén SA. La situación se oscurece aún más al constatar la elevada suma adeudada por la Diputación a la Mercantil, no reclamada por ésta hasta el año 2014, cuando previsiblemente habían prescrito parte de las cantidades adeudadas y con el hecho de que, extinguida la Sociedad, todas las máquinas, instalaciones, bienes y material de la misma revertirían a la Diputación, sin contraprestación alguna por su parte, lo que ,previsiblemente, podría conducir a la Mercantil a una situación de insolvencia, burlando así los derechos de los trabajadores. Tal conducta debió ser calificada de fraudulenta…".

6. Respecto a la inexistencia de verdadera negociación durante el período de consultas, alegada como tercer motivo de recurso y poniendo de manifiesto la cerrada e inflexible postura negociadora de la empresa, que a juicio de los recurrentes, además de vulnerar la doctrina jurisprudencial sólo perseguiría "extinguir la relación laboral con el mínimo coste económico y sin responsabilidad de la Diputación", el rechazo se produce tras un previo repaso de la doctrina de la Sala sobre el concepto de buena fe negocial y su proyección al campo de las negociaciones durante el período de consultas, por quedar probado en instancia, y ahora aceptado por el TS, que dentro del estrecho margen de actuación que tenía la demanda sí formuló propuestas en punto a acciones formativas orientadas a la recolocación de los despedidos pero no podía ir más allá en el ámbito económico por haberse procedido a la disolución de la sociedad. Además, con el consabido argumento de la buena fe negocial para ambas partes y la obligación de la parte trabajadora de ser también diligente, buena negociadora diría yo, en sus alternativas, se afirma, con velada crítica, que la parte trabajadora "no formula propuesta alguna y se limita a inquirir de CJ si tiene prevista alguna alternativa".

7. Desestimadas las argumentaciones sustantivas, la Sala dedica el fundamento de derecho noveno a dejar abierta una cuestión jurídica que parece que hubiera deseado que se planteara, cual es la posible incidencia que hubieran podido tener, y que "en manera alguna afirmamos", "tanto la legal reversión del servicio público encomendado la sociedad mixta… cuanto la estatutaria devolución de «todas las máquinas, instalaciones, bienes y material integrantes de los servicios… en orden a una no menos hipotética aplicación del art. 44 ET que -en su caso- hubiese podido entenderse abortada por el PDC de

autos, en términos que guardarían similitud con los supuestos examinados por esta Sala en los muy numerosos despidos colectivos de los «Consorcios UTEDLT» de Andalucía". Reitera la Sala que hubiera sido conveniente que se hubiera planteado esta cuestión "… para de esta forma ofrecer una más adecuada -cuando menos, por completa- respuesta a la situación enjuiciada", pero que lo tiene vedado en atención a la naturaleza extraordinaria del recurso de casación en el que la Sala "ha de limitarse única y exclusivamente a examinar las vulneraciones normativas que expresamente hayan sido denunciadas por la recurrente", criterio formalista muy formalmente correcto, valga la redundancia, pero que no me parece que haya sido utilizado con tanta "formalidad" en anteriores sentencias comentadas en el blog, si bien en alguna de ellas el tratarse de un recurso de casación para la unificación de doctrina quizás permita un grado de "informalidad" superior, y dejo aquí esta reflexión al respecto.

Por otra parte, a los efectos de mantener "la ortodoxia procesal", la Sala concluye que la demanda fue interpuesta por quien disponía de la legitimación activa para ello, el delegado de personal de la empresa, pero que también fue interpuesta por los restantes trabajadores, siendo así que estos carecían de legitimación procesal por tratarse de un conflicto (procedimiento de despido colectivo) en el que la legitimación está vedada a los trabajadores individuales y sólo está atribuida a "entes colectivos o de dimensión colectiva", a salvo de algunos supuestos muy concretos de los que ha debido conocer la Sala como el caso de las comisiones ad hoc o la totalidad de la plantilla "cuando hubiese sido esta quien impuso ser sujeto de negociación" (STS 23 de marzo de 2015), circunstancias que no concurren en el caso ahora enjuiciado. Coincidiendo con la tesis de la sentencia, me pregunto si la "ortodoxia procesal" no hubiera debido manifestarse previamente a la resolución de las cuestione sustantivas planteadas en el recurso.

8. Concluyo. ¿Hay dos formas de entender la actuación, y las responsabilidades, de la Administración como empleadora en las relaciones de trabajo? Así parece apuntarse en la sentencia según se potencie o no la aplicación de la normativa administrativa para dotar de mayores prerrogativas a aquella en el ámbito de su actividad prestacional, por vía directa o indirecta, de los servicios públicos. Prerrogativas que, a mi parecer, en ningún caso excluyen la plena aplicación de la normativa laboral cuando la Administración actúa como empleadora, y repárese que dicha actuación afecta a un número muy importante de trabajadores, ya que según los últimos datos disponibles que he podido consultar en el Boletín estadísticodel personal al servicio de las AA PP (julio de 2015) del total de 2.542.787 efectivos del conjunto de las Administraciones Públicas, 620.178 son personal laboral, es decir con vínculo contractual laboral, distribuyéndose entre la Administración General del Estado (89.975), Comunidades Autónomas (132.637) y Administración Local (325.317).

### *2.2.22. Despidos colectivos en el sector público. La importancia de la disminución de ingresos como causa económica que los justifica. Nota a la sentencia del TS de 10 de mayo de 2016.*

1. Es objeto de anotación en esta entrada del blog la sentencia dictada por la Sala de loSocial del Tribunal Supremo el 10 de mayo (Rec. 3541/2014), de la que fue ponente el magistrado Fernando Salinas que desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina, en los mismos términos que la propuesta contenida en el informe del Ministerio Fiscal, interpuesto contra la sentenciadictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castillay León de 25 de septiembre de 2014. El Pleno de la Sala deliberó en la misma fecha, y resolvió de manera idéntica, otros tres RCUD dictados en supuestos semejantes, estado también disponible en CENDOJ cuando redacto este texto las sentencias dictadas en los Rec. 3540/2014, de la que fue ponente el magistrado Antonio V. Sempere, y 3971/2014, de la que fue ponente el magistrado Miguel Ángel Luelmo.

El resumen oficial de la resolución judicial ahora objeto de comentario es el siguiente: "Despido individual derivado de despido colectivo finalizado con acuerdo no impugnado: aplicación e interpretación art. 51 ET.- Empresas sector público: recortes presupuestarios efectuados por la Comunidad Autónoma que afectan a las subvenciones públicas que percibe la empresa: aplicación doctrina STS/IV 18-febrero-2014 (rco 74/2013, Pleno).- Valor reforzado existencia Acuerdo previo: doctrina SSTS/IV 25-junio-2014 (rco 165/2013) y 24-febrero-2015 (rco 165/2014).- Doctrina

concordante con la contenida en sentencias dictadas en recursos casación unificadora números 3540/2015, 3111/2014 y 3971/2015 deliberados en esta misma fecha".

2. El litigio encuentra su origen en el procedimiento de despido colectivo instado por la empresa ADE Internacional Excal SA el 12 de noviembre de 2012 (en la actualidad Agencia de innovación, financiación e internacionalización empresarial de Castilla y León), que tras el preceptivo período de consultas regulado en el art. 51 de la Ley del Estatuto de los trabajadores finalizó con acuerdo en el seno de la comisión negociadora. En aplicación de dicho acuerdo, la empresa procedió al despido de la trabajadora ahora recurrente mediante comunicación escrita con explicación detallada de las causas del despido (económicas y organizativas), en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 53.1 de la LET.

Disconforme la trabajadora con la decisión empresarial de despido objetivo, interpuso demanda que fue desestimada por el Juzgado de lo Social núm. 4 de Valladolid el 12 de septiembre de 2013, corriendo la misma suerte desestimatoria el recurso de suplicación interpuesto ante el TSJ autonómico, contra cuya sentencia se interpuso el RCUD del que ha conocido el TS en la sentencia de 10 de mayo de 2016.

3. EL RCUD se ajusta a lo dispuesto en el art. 224.2 de la Ley reguladora de la jurisdicción social (el escrito de interposición del recurso deberá contener "b) La fundamentación de la infracción legal cometida en la sentencia impugnada y, en su caso, del quebranto producido en la unificación de la interpretación del derecho y la formación de la jurisprudencia"), y alega como sentencia contradictoria la dictada por el mismo TSJ castellano-leonés de 9 de junio de2014,dándose la circunstancia de que tanto en la sentencia recurrida como en la de contraste el ponente fue el mismo magistrado, Gabriel Coullault.

El TS centra con prontitud la cuestión litigiosa en el fundamento de derecho primero, que es la siguiente: "… si en una empresa que forma parte del sector público (de acuerdo con el art. 3.1 texto refundido Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre), -- estando, en el caso enjuiciado, participada por la Administración pública en un 46% y cuyos ingresos mayoritarios en un 90% provienen de subvenciones públicas --, para proceder a un despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (en concreto, por causas económicas y organizativas), en aplicación de la DA 20ª ET (añadida por Ley 3/2012, de 6 de julio), el que debe efectuarse conforme a lo dispuesto en el art. 51 ET y sus normas de desarrollo " y en el marco de los mecanismos preventivos y correctivos regulados en la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas ", la reducción de las subvenciones, efectuadas en el marco de las medidas de austeridad presupuestaria en el ámbito de la Comunidad Autónoma, recibidas al final del ejercicio económico en que se producen los despidos debe o no tenerse en cuenta a la hora de determinar la existencia de disminución de ingresos y, en su caso, de las derivadas pérdidas".

A continuación, procede a repasar los hechos probados en la sentencia de instancia e inalterados tras el recurso de suplicación. En apretada síntesis cabe decir que el Juzgado de lo Social desestimó la demanda por considerar probada la existencia de causas económicas y organizativas justificadoras del despido individual adoptado tras el acuerdo alcanzado en el PDC. La sentencia de suplicación confirma la de instancia, y parte de la consideración de la empresa como integrante del sector público (no de la Administración Pública), siéndole pues de aplicación la disposición adicional vigésima párrafo primero, de la LET (en la redacción dada por la Ley 3/2012 de 6 de julio y que pasa a ser la decimosexta en el Real Decreto Legislativo 2/2015 de 23 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la LET), que remite a lo dispuesto en el art. 51 de la LET con la importante matización de que deberá procederse "en el marco de los mecanismos preventivos y correctivos regulados en la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas".

Tras constatar el importante descenso de las subvenciones abonadas por el gobierno autonómico en los años 2009 a 2012, mientras que se ha producido un incremento de los gastos de personal en el mismo período y un importante descenso, 54,84 % de otros gastos de explotación, el TSJ confirma la sentencia de instancia con la argumentación jurídica de que "no es la pérdida final del ejercicio (120.000 euros) la base principal de la causa económica sino la disminución de ingresos que ha sufrido

la sociedad". La existencia de la causa económica sería suficiente a juicio del TSJ para justificar el despido sin entrar a valorar la existencia de las causas organizativas, si bien igualmente constata su existencia como consecuencia de la necesaria respuesta al sobredimensionamiento de plantilla, "implementando una nueva estructura y una redistribución de funciones, para optimizar los recursos y adecuarlos a la nueva situación que tiene, so pena de convertirse en una mera pagadora de nóminas y mantener al personal sin ninguna o con una mínima actividad".

4. Contra la sentencia del TS se interpone RCUD con alegación de infracción de la normativa aplicable al supuesto litigioso, en concreto el art. 51.1 de la LET, en relación con el art. 3.1 de la Ley de contratos del sector público, "planteando si son exigibles las pérdidas para declarar la procedencia del despido".

El TS entrará a conocer del RCUD por cumplirse los requisitos previstos en el art. 291.1 de la LRJS ("… sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, que fueran contradictorias entre sí, con la de otra u otras Salas de los referidos Tribunales Superiores o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos"). La sentencia de contraste versa sobre el despido de una trabajadora de la misma empresa, con alegación de las mismas causas económicas y organizativas, siendo los datos fácticos idénticos pero llegando a conclusiones jurídicas diferentes, en cuanto que la recurrida en unificación entiende que la justificación del despido radica en la relevancia de la disminución de ingresos sufridos por la demandada, mientras que en la de contraste el fallo se asienta sobra la importancia que se otorga a las pérdidas sufridas en el año 2012, año en que la trabajadora demandante fue despedida el 14 de diciembre.

La citada sentencia de contraste se manifestó en los siguientes términos: "la insuficiencia presupuestaria que también se alega por la recurrente para fundamentar su decisión extintiva no puede por sí sola justificar el despido colectivo salvo que la reducción o pérdida de ingresos de la Administración tenga una naturaleza finalista en cuyo caso dicha causa pueda circunscribirse al órgano o ente gestor de las acciones públicas financiadas con dichos ingresos, lo que no consta ocurra en el caso aquí enjuiciado; y en cuanto al no cómputo de la esperada y segura subvención de más de 5 millones de euros puede admitirse que contablemente no se compute pero jurídicamente a los efectos de constatar la situación económica negativa a que se refiere el artículo 51.1 del ET es claro que sí debe tenerse en cuenta por lo que con unas pérdidas a finales de 2012 de 120.000.- euros (hecho probado cuarto) y una subvención en la cuantía dicha parece evidente que la situación económica no era deficitaria o negativa por lo que en conclusión no cabe admitir la concurrencia de la causa económica..". Consideró igualmente que no habían quedado debidamente acreditadas las causas organizativas alegadas por la empresa para la amortización del puesto de trabajo de la trabajadora.

La existencia de la contradicción entre ambas sentencias lleva al TS a entrar en la resolución del RCUD, no sin antes poner de manifiesto que el recurso no alega ni invoca sentencia de contraste sobre la causa organizativa, "por lo que ante tal planteamiento de la recurrente pudiera acontecer que, de estimarse su recurso sobre la causa económica, la solución no incidiera en su impugnada declaración de procedencia de su despido, de valorarse que no existe una interrelación o interdependencia plena entre ambas causas".

¿Cómo resuelve el TS el litigio planteado? En primer lugar, recuerda el contenido de la disposición adicional vigésima (actualmente decimosexta) de la LET, por las referencias contenidas en la misma a empresas pertenecientes al sector público, sobre la que no hay duda de que así es en el caso de la empresa demandada en instancia, ya que el 90 % de su financiación provenía de la Junta autonómica, teniendo cabida en el art. 3.1 h) de la Ley de contratos del sector público, por tratarse de una entidad con personalidad jurídica propia creada específicamente "para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión…".

La relación de la citada disposición adicional con la ley de contratos del sector público lleva tanto a tomar en consideración las limitaciones impuestas por la normativa presupuestaria como la regulación contenida en la LET respecto a que el despido colectivo podrá producirse cuando existan perdidas actuales o previstas, o cuando hayan disminuido de forma persistente el nivel de ingresos ordinarios o ventas.

Antes de entrar a resolver el caso enjuiciado, la Sala desea recordar el importante valor ("reforzado") que concede a los acuerdos suscritos en el seno de la comisión negociadora de un PDC, en cuanto que son los sujetos negociadores los que mejor conocen la realidad del conflicto y pueden buscar soluciones consensuadas al mismo, siendo cierto que en ningún caso ello significa que existan las causas aducidas por la empresa, o que no hayan existido vicios en la formación de la voluntad de los negociadores, pero no es menos cierto, y aquí la Sala trae a colación su doctrina sentada en sentencias de 25 de junio de 2014 y 24 de febrero de 2015, que "que el juzgador podrá tener en cuenta, a la hora de apreciar la efectiva concurrencia de las causas justificadoras de los despidos alegadas por la empresa, el hecho, muy significativo, de que los representantes de los trabajadores -en este caso, el 77% de los integrantes del banco social de la comisión negociadora- han considerado que, efectivamente, dichas causas justificadoras concurrían en el supuesto de autos".

En el marco de la normativa presupuestaria de aplicación en el momento de tramitación del PDC, la Ley orgánica 2/2012 de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y de sostenibilidad financiera, y las medidas de austeridad impuestas a todas las Administraciones Públicas, y por consiguiente a la de Castilla y León, el gobierno autonómico adoptó importante medidas de ajuste presupuestario, incluyendo el recorte drástico de las subvenciones a la empresa demandada, tal como he explicado con anterioridad, recortes que justifican según el TS la decisión extintiva, siendo el razonamiento jurídico relevante para resolver el caso litigioso que para declarar acreditada la existencia de la causa económica hay que tener en cuenta "no ya las pérdidas de 120.000 euros al final del ejercicio 2012, sino la persistente disminución de los ingresos entre el año 2009 y el 2012 en más de un 50%, tanto en las subvenciones (incluso si se tiene en cuenta la prohibición de una subvención de 5 millones de euros que fue finalmente percibida), como en los ingresos por actividad, no obstante el aumento de los gastos".

En este punto la Sala no hace sino seguir, "por razones de seguridad jurídica" la doctrina sentada en sentencia de 18 de febrero de 2014, que transcribe ampliamente en el fundamento jurídico tercero.

## 2.3. Modificación sustancial de condiciones de trabajo.

### *2.3.1. Sobre los límites a las decisiones unilaterales empresariales y la obligación de respetar la normativa vigente (arts. 41 y 82 de la LET). Notas a las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2013 y 16 de enero de 2014.*

1. Dos de las modificaciones más importantes operadas por la reforma laboral de 2012 (RDL 3/2012 y Ley 3/2012) versan sobre la ampliación de las facultades empresariales para modificar las condiciones de trabajo, ya se trate de "las reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por estos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos" (art. 41.2 de la LET), o bien de las fijadas en convenio colectivo estatutario (art. 82.3). En el primer caso, las "modificaciones sustanciales" podrán afectar "entre otras" a las siguientes materias: "a) Jornada de trabajo. b) Horario y distribución del tiempo de trabajo. c) Régimen de trabajo a turnos. d) Sistema de remuneración y cuantía salarial. e) Sistema de trabajo y rendimiento. f) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 de esta Ley". En el segundo supuesto, la inaplicación podrá afectar a las mismas materias, con el añadido de "mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social".

En ambos preceptos se concreta, pues, qué debe entenderse por modificación sustancial y cuándo puede inaplicarse un convenio colectivo estatutario de empresa o sector (sin perjuicio, como ya he indicado, de la formula abierta que utiliza el art. 41.2 para referirse a tales modificaciones), y se

regula un procedimiento de consultas entre la dirección de la empresa y la representación de los trabajadores a fin y efecto de intentar llegar a un acuerdo, y sólo cuando no se produzca éste la parte empresarial podrá modificar o inaplicar las condiciones pactadas (estatutariamente o no) o fijadas por decisión unilateral.

En definitiva, la cuestión a debate ha de contemplar una doble perspectiva: de una parte, la existencia de las causas (económicas, técnicas, organizativas o de producción) que permitan a la empresa adoptar una de las dos medidas de flexibilidad interna; de otra, el cumplimiento de los requisitos formales de tramitación, al objeto de que la parte trabajadora conozca la argumentación empresarial y pueda debatir y negociar con la finalidad de llegar a un acuerdo.

2. Dos recientes sentencias dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo abordan justamente qué debe entenderse por "modificación sustancial", y cuando puede procederse a la misma y con qué requisitos si estamos en presencia de un convenio colectivo estatutario. No se trata en puridad de un cambio jurisprudencial, ni mucho menos, sobre la interpretación de los arts. 41.2 y 82.3 de la LET, pero sí tienen particular interés porque marcan claramente los límites de la actuación unilateral del empleador en la modificación de las condiciones de trabajo, dado que el amplio poder que le ha otorgado la reforma laboral para tales modificaciones no ha convertido en modo alguno en omnímodas y absolutas sus potestades organizativas, debiendo respetarse tanto las formas (período de consultas) como el fondo (existencia de causa o causas que justifiquen la decisión).

3. La sentencia del TS de 4 de diciembre de 2013, de la que fue ponente el magistrado Jordi Agustí, tiene particular interés, al igual que otra que le precedió de 5 de

noviembre (de la que fue ponente la magistrada Lourdes Arastey y que trata de idéntica materia), en cuanto que plantea el impacto de la normativa comercial sobre las relaciones de trabajo y cómo puede, y debe, actuar la empresa para beneficiarse de aquella pero sin lesionar los derechos de los trabajadores, o cuando menos para obtener un beneficio en términos económicos y organizativos con respeto de los trámites previstos en la normativa laboral para poder aplicar aquella. En síntesis, el conflicto versa sobre qué impacto puede tener una normativa comercial, en concreto la Ley 2/2012de 12 de junio, de dinamización de la actividad comercial en la ComunidadAutónoma de Madrid, sobre las condiciones laborales de organización del tiempo de trabajo (señaladamente la distribución de la jornada a lo largo de la semana, y la organización de los turnos, fijos y rotatorios, de trabajo) de los trabajadores de grandes almacenes, cuya regulación convencional previa a la entrada en vigor de la ley comercial está contemplada en elconvenio colectivo de ámbito estatal.

El litigio afecta a la empresa Alcampo SA (mientras que el resuelto en la sentencia de 5 de noviembre afectaba a IKEA Ibérica SA), y la sentencia del TS se dicta para dar respuesta al recurso de casación interpuesto por la UGT-CTHJ contra la sentencia dictada por la AN el 13 de noviembre de 2.012. Para la AN, la decisión de la empresa de modificar determinadas condiciones de trabajo de jornada y régimen de turnos fue injustificada, por lo que condenó a la empresa a reponer a los trabajadores afectados en sus anteriores condiciones laborales, mientras que para el sindicato recurrente la actuación empresarial debía calificarse de nula por haber incumplido reglas formales, esto es acudir al art. 82.3 de la LET pues las modificaciones afectaban a su parecer a condiciones de trabajo fijadas en el convenio colectivo estatutario de grandes almacenes, y por consiguiente no era de aplicación el art. 41.2. La Sala estimará el recurso y declarará "la nulidad de las medidas de modificación sustancial de las condiciones de trabajo adoptadas por la empresa Alcampo SA, con todas las consecuencias legales inherentes a dicha declaración".

Las preguntas qué debemos hacernos, y que en definitiva son las que están en el eje del conflicto, son las siguientes: cuando una norma comercial amplía considerablemente el número de domingos y días festivos que un centro comercial puede abrir al público, ¿ello es causa para poder modificar las condiciones laborales por concurrir causas económicas y productivas? Y en caso que sea así, ¿la modificación ha de efectuarse por la vía de la modificación sustancial de condiciones de

trabajo—art- 41.2 LET – o por la de inaplicación del convenio colectivo hasta entonces aplicable – art. 82.3-?

La respuesta clara que proporciona la Sala, tanto en esta sentencia como en la de 5 de noviembre, es la segunda, de forma muy acertada a mi entender (y en los mismos términos se pronunció el Ministerio Fiscal). De la lectura de los hechos probados en la sentencia de instancia y reproducidos en la del TS se comprueba que la empresa inició las consultas con el comité intercentros al objeto de proceder a la "modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo", argumentando, su propuesta en la importancia que la consideración de los domingos y festivos como un día más de trabajo, según la normativa autonómica, tenía en la organizativa productiva de la empresa, ya que al poder abrir 39 días que antes no era posible ello conllevaba "una necesaria adecuación de la jornada laboral por causas organizativas y productivas". Dicha modificación, que se adoptó de forma unilateral por la empresa tras haberse llevado a cabo el período de consultas y no haberse alcanzado un acuerdo, afectó de

manera muy sensible a la distribución de la jornada ordinaria de trabajo, tanto respecto al número de días a la semana en que se puede trabajar como a la organización de los turnos en los que el trabajador puede prestar su actividad, materias ambas que son objeto de cuidada regulación en el art. 32 del convenio colectivo estatal del sector.

Para un mejor conocimiento de los lectores y lectoras del blog del importante cambio que supusieron las modificaciones aplicadas por la empresa, reproduzco el escrito dirigido a los trabajadores afectados (alrededor de 3.500): "1 - Su jornada ordinaria de trabajo se distribuirá de Lunes a Domingo y Festivos, respetando los descansos correspondientes conforme a la legislación vigente.- 2- Usted pasa de una jornada en turno fijo de mañana, a una jornada en turno rotativo de 1 semana de mañana y 1 semana de tarde.- 3- Sus libranzas pasan de disfrutarse en un día fijo de la semana o rotativamente a disfrutarse conforme a las necesidades productivas y organizativas de la empresa.- 4- Usted, que viene prestando sus servicios en domingos y festivos de apertura autorizada, ve incrementado el número efectivo de domingos y festivos de trabajo (dentro del respeto a los descansos legal y convencionalmente establecidos), según se concrete en su calendario.- 5- Su jornada ordinaria de trabajo será de 1770 y se distribuirá de Lunes a Domingo y Festivos, respetando los descansos correspondientes conforme a la legislación vigente.- 6- Su jornada laboral se podrá distribuir en semanas de hasta 6 días.- 7- Usted, como compensación por la prestación de sus servicios en domingo y festivo percibirá la retribución funcional anual prevista en Convenio Colectivo".

La tesis nuclear del recurso, aceptada en la sentencia, es la imposibilidad de adoptar modificaciones que afectan a condiciones recogidas en un convenio colectivo estatutario por la vía del art. 41.2 de la LET, ya que justamente el apartado 6 de dicho precepto remite las que puedan operarse en un convenio colectivo del citado tenor al procedimiento previsto en el art. 82.3 de la LET, es decir al mecanismo de inaplicación del convenio, o más exactamente de algunas condiciones del mismo, hasta entonces aplicable. Para llegar a la conclusión citada, la Sala procede al repaso de los hechos probados, con fijación especial en el contenido de algunas de las actas de las reuniones del período de consultas que en síntesis recogen aquellas posiciones de la empresa que posteriormente se concretarán en el escrito remitido a los trabajadores afectados. A continuación, la Sala trascribe íntegramente el importante, y muy extenso, art. 32 del convenio colectivo de grandes almacenes con vigencia 2009-2012, dedicado a "Distribución de la jornada", y de su atenta lectura y análisis concluye que las medidas adoptadas por la empresa afectan a las condiciones reguladas en el mismo, en cuanto que las medidas adoptadas afectan de pleno, alterándolo de forma sustancial, "al régimen jurídico convencional de la distribución de jornada", pues no de otra forma cabe entender la modificación del calendario laboral, el incremento del número de domingos y días festivos que deberán trabajarse, la modificación de los turnos horarios de trabajo con los cambios entre jornadas de mañana y tarde y continuada y partida, en cuanto que tales modificaciones alteran las previsiones convencionales del art. 32 del convenio.

Aún cuando, como hipótesis de trabajo, algunas de las amplias medidas adoptadas por la empresa pudieran tener cobertura jurídica en el art. 41.2 de la LET, tesis no rechazada por la Sala, ello no

tendrá trascendencia en el litigio enjuiciado porque el conjunto de las modificaciones operadas sólo puede llevarse a cabo por la vía del art. 82.3 de la LET

en cuanto que implica modificación de condiciones convencionales estatutarias. La actuación de la empresa por medio de una vía procedimental no conforme a derecho implica además, como bien recuerda la Sala con apoyo en doctrina del TC, que se lesione el derecho de negociación colectiva, o por decirlo con las propias palabras del TC "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..".

4. La segunda sentencia que ha merecido mi atención es la dictada por el TS el 16 de enero de 2014, de la que fue ponente el magistrado Manuel Ramón Alarcón, y versa sobre qué debe entenderse por "modificación sustancial de condiciones de trabajo". Es decir, ya no se trata como en el supuesto anterior de dilucidar qué tramitación debe proceder para llevar a cabo una modificación que no se cuestiona que puede ser sustancial, sino pura y simplemente en qué consiste ese carácter sustancial al amparo de lo previsto en el art. 41.2 de la LET, ya que dependiendo de que lo sea o no, la empresa estará obligada a tramitarla vía art. 41.2 o sólo adoptar la decisión con comunicación a la representación de los trabajadores y sin período de consultas.

La sentencia del TS no se aparta de otras dictadas con anterioridad, si bien tiene la virtud a mi parecer, de enfatizar la importancia del respeto y cumplimiento de la normativa legal por la parte empresarial cuando desee realizar determinadas modificaciones de condiciones laborales, y además confirma la decisión adoptada por la sentencia de la AN de 26 de marzo de 2012, que anuló "la decisión empresarial de aplicar unilateralmente el sistema de retribución variable del personal comercial existente hasta el 1-11-2011 y en consecuencia condenamos a SANITAS, sociedad anónima de seguros, a estar y pasar por dicha declaración a todos los efectos legales oportunos".

El litigio versa en síntesis sobre la decisión empresarial de modificar la normativa de incentivos para el personal comercial, medida que fue comunicada mediante correo electrónico. Las organizaciones sindicales presentes en la empresa, CC OO y UGT, manifestaron su discrepancia con la actuación empresarial y presentaron denuncia ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que levantó acta de infracción, y como consecuencia de ello (la actuación inspectora se inició el 8 de noviembre de 2011) pocos días después, concretamente el 14, la empresa inicia un período de consultas con la representación de los trabajadores, si bien argumentó que la modificación operada no era sustancial sino que simplemente se trataba de "acomodarse a un mercado muy móvil, que le exige adaptarse rápidamente a los productos ofertados por la competencia, ya que ha perdido cartera y su cuota de mercado se reduce significativamente". Bueno, más bien me parece que puede decirse que hubo un simulacro de período de consultas si nos hemos de atener a los hechos probados, ya que sólo se celebró una reunión y la empresa no aportó documentación alguna para argumentar su tesis de la no "sustancialidad" de la modificación adoptada.

Con posterioridad, y después de solicitar la representación trabajadora la intervención del Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje (SIMA) se reanudaron las conversaciones y consultas entre las partes, si bien nuevamente no parece que podamos hablar de un efectivo proceso negociador ya que en el hecho probado 11ª de la sentencia de instancia se afirma que "Las partes realizaron cuatro reuniones, en las que no se produjo negociación efectiva, sin que se levantara acta de las mismas, cerrándose definitivamente sin acuerdo el período de consultas el 27-02- 2012 ante el SIMA, mediante acta que obra en autos y se tiene por reproducida".

La Sala, como ya he indicado, desestima el recurso de la empresa, del que me interesa destacar la tesis de que la AN había infringido el art. 41 de la LET "por aplicación indebida del mismo", entendiendo la

empresa que el cambio del sistema de remuneración por objetivos no tenía el carácter sustancial que requiere la aplicación del precepto legal citado. La tesis es rechazada por la Sala, al igual que lo fue por la AN, porque la modificación es realmente sustancial en cuanto que afecta a dos elementos relevantes de todo plan de incentivos, esto es "en primer lugar, el peso que tienen los cumplimientos de los diversos objetivos sobre la cuantía de los incentivos (que varían con respecto al precedente, "ya que las ventas o captaciones reducen su participación al 50 %..." ); y, en segundo lugar, la periodificación para computar el cumplimiento de los objetivos, que pasa de ser trimestral, coincidiendo con los trimestres naturales, a eliminar esta coincidencia y también esa regularidad (podrán ser períodos trimestrales pero también de mayor duración)…". Que la modificación es sustancial parece aceptarlo la propia empresa cuando abre un período de consultas tras la intervención de la ITSS, aún cuando no se aportara ninguna documentación que acreditara la tesis defendida de contrario, criticando con claridad la Sala la argumentación de la empresa de que iniciaba el período de consultas de "manera cautelar", cuando sólo se celebró una reunión y sin documentación sobre la mesa, concluyendo que "si la "cautela" consistía en acogerse a una posibilidad de subsanación del primer error, consistente en adoptar la medida unilateralmente y sin negociación alguna, esa posibilidad quedaba descartada ante semejante proceder".

Repárese, para concluir estas notas, que la Sala no entra a valorar si concurren las causas o no, sino simplemente examina cómo debió actuar la empresa para poder demostrar su existencia y cómo no actuó correctamente por dejar de aplicar el art. 41 de la LET. Por ello, la alegación de la empresa de que la sentencia de instancia había vulnerado el art. 20.2 de la LET porque los trabajadores y empresarios deben someterse en sus prestaciones recíprocas "a las exigencias de la buena fe" se vuelve contra ella, lo destaca la Sala, porque la sentencia de instancia ya declaró que había sido la propia empresa quien no había cumplido con esta exigencia durante la tramitación del conflicto, en cuanto que "no proporcionó ninguna información a los representantes de los trabajadores, lo que impidió que la negociación fuera efectiva, siendo revelador que cerrara el período de consultas sin agotar el plazo legal, acreditando, de este modo, que su intención no fue nunca alcanzar acuerdo con los representantes citados, sino cumplir el trámite".

### *2.3.2. El Tribunal Supremo sigue marcando límites al poder de fijación unilateral de las condiciones laborales por el empleador (y acude al TFUE para apoyar sus tesis). Nota a la importante sentencia de 27 de enero de 2014 ("Caso Cortefiel").*

1. El 19 de febrero el gabinete de comunicación del TS publicó una nota de prensa con el título "El TS da la razón a Cortefiel en la reducción de las comisiones a sus

vendedores", y con el subtítulo "Confirma la sentencia de la Audiencia Nacional que recuerda que con la reforma laboral de 2012 el salario puede ser modificado a la baja por la unilateral voluntad del empresario, estableciendo unos límites".

Vaya por delante que su interés radica no tanto, ni mucho menos, en la resolución del caso concreto, sino en la doctrina general que sienta sobre los límites a las decisiones unilaterales empresariales, al amparo del art. 41 de la Ley del Estatuto de los trabajadores, y en que acude al Tratado de funcionamiento de la Unión Europea para defender las condiciones de trabajo de las personas trabajadoras.

2. Reproduzco en primer lugar, la nota de prensa, que a mi parecer se ajusta bien, en los límites justamente de una apretada síntesis, al contenido de la sentencia: "La Sala de lo Social del Tribunal Supremo en sentencia del pasado 27 de enero, ha desestimado el recurso de UGT y CCOO contra una sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de noviembre de 2012 que consideró justificada la medida de reducción de las comisiones por facturación del personal de Cortefiel, adoptada por la empresa en julio de 2012 por la disminución de las ventas. La sentencia recuerda que con la reforma laboral de 2012 el salario puede ser modificado a la baja por la unilateral voluntad del empresario, con el límite de la retribución prevista en el convenio colectivo y solo en las cuantías que el trabajador perciba como mejora de convenio. El Tribunal estima que el control judicial no se encuentra limitado a verificar que las modificaciones guarden relación con la competitividad,

sino que a los órganos jurisdiccionales les compete también apreciar la "razonable adecuación entre la causa acreditada y la modificación acordada" excluyendo en todo caso que "a través de la degradación de las condiciones de trabajo pueda llegarse…a lo que se ha llamado dumping social habida cuenta de que si bien toda rebaja salarial implica una mayor competitividad…tampoco puede ser admisible en cualesquiera términos", con referencia al objetivo fundacional de la Unión Europea (art. 151 del Tratado fundacional) de mejora de las condiciones de trabajo a la que se subordina la necesidad de mantener la competitividad de la economía de la Unión. En el caso contemplado, la Sala estima que la caída de ventas tanto en el sector minorista textil como en el grupo empresarial demandado justifica la modificación de condiciones consistente en fijar un suelo mínimo para percibir la comisión por ventas".

3. La sentenciaes de fecha 27 de enero, siendo ponente el magistrado Luis Fernando de Castro y estando integrada además la Sala por los magistrados Fernando Salinas, Jordi Agustí, Manuel Ramón Alarcón y Miguel Ángel Luelmo. Se dicta para dar respuesta al recurso de casación interpuesto por las Federaciones estatales de CC OO y UGT que engloban al sector de la hostelería contra la sentencia de 22 de noviembre de 2012 de la Audiencia Nacional. La valoración de dicha sentencia de la AN, y por supuesto de la actuación de la empresa que motivó el conflicto jurídico, mereció críticas por parte sindical, afirmándose por parte ugetista que "la Audiencia Nacional ha tomado una resolución ajustada a la actual normativa pero enormemente injusta para los trabajadores". La queja sindical conjunta, y que no ha sido atendida ni por la AN en instancia ni por el TS en casación, era que "Se está pasando de un sistema que tiene la garantía de la actividad de cada centro de trabajo y el rendimiento personal por otro en el que quedaría en manos de una de las partes la fijación de las condiciones para su consecución".

A) La sentencia del TS recoge los hechos probados de la sentencia de instancia, en los que se incluye la propuesta efectuada por la empresa, como modificación sustancial de condiciones de trabajo y al amparo del art. 41 de la LET, de modificación del sistema de retribución variable, vinculándolo no a los resultados de cada trabajador sino a los del conjunto de cada tienda siempre y cuando se cumplieran los presupuestos fijados por la cadena con respecto a los del ejercicio anterior. Los recursos se interpusieron por ambos sindicatos al amparo del apartado e) del art. 207 de la LRJS, denunciando UGT la infracción de los apartados 1 y 4 del art. 41 de la LET, mientras que CC OO añadía la relación del mismo con el art. 37 de la Constitución y consideraba también vulnerados los arts. 7 (respeto de la buena fe y prohibición del abuso de derecho y de su ejercicio antisocial), 1256 ("La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes") y 1258 del Código Civil ("Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley").

B) El recurso de UGT, basado en una cuestión formal cual era que la medida se aplicó a una empresa del grupo que no aparece citada en el acta final del período de consultas, es rechazada por la Sala porque en el fundamento jurídico tercero de la sentencia de instancia consta que la decisión empresarial se aplicaría a todas las empresas del grupo – aun cuando la ubicación no sea la más adecuada - . Parece, a la vista de los contenidos de las actas de inicio y de final del período de consultas, la representación sindical de todas las empresas del grupo, y que en ningún momento del trámite consultivo se discutió sobre esta cuestión, que se trató simplemente de "un error de transcripción", alegado por la empresa y aceptado en la instancia.

C) La argumentación de CC OO tiene más calado jurídico, tanto por la cita de los preceptos aplicables como por su alegación de que la AN se ha apartado del criterio jurisprudencial en la materia. Según consta en el fundamento tercero de la sentencia, la base argumental del recurrente era que "-dada la precaria situación de las ventas en el comercio textil- el umbral fijado por la empresa para percibir comisiones, es inalcanzable y contraria a los principios de proporcionalidad, razonabilidad y buena fe, dejando al arbitrio de una de la partes -la empresa- el cumplimiento efectivo de la obligación".

La Sala, en una sentencia que rebosa juego de equilibrios jurídicos por todos sus poros entre el poder de dirección del empleador y el obligado respeto a las condiciones contractuales que suponen una mejora sobre lo dispuesto en el convenio colectivo, pasa revista al marco normativo de aplicación, esto es el art. 41 de la LET en la redacción formulada primero por el RDL 3/2012 y después por la Ley 3/2012, para analizar a continuación los cambios operados en tres ámbitos que afectan al litigio que debe resolver: "a) el ámbito de las modificaciones; b) el contorno de las causas; y c) la instrumentalidad de las primeras -modificaciones- sobre las segundas -causas-".

La Sala constata algo que, con ciertos matices, ya se había aceptado en algunas resoluciones judiciales anteriores a la reforma, esto es que el salario puede ser modificado a la baja por el empresario en las cuantías que supongan una mejora sobre lo fijado en el convenio colectivo estatutario, para cuya modificación ("inaplicación") se requiere acudir a otra vía, la del art. 82.3 de la LET. En cuanto a las causas no ha habido modificación sobre sus cuatro ámbitos, que son los económicos, técnicos, organizativos y de producción. En fin, sí se reconoce la importancia de las "instrumentalidad de las modificaciones" sobre las causas, ya que en la normativa anterior a 2012 se trataba de prevenir una evolución negativa o de mejorar la situación y perspectivas de la empresa, mientras que partir del cambio operado la decisión ha de estar relacionada, para ser conforme a derecho, con "la competitividad, productividad u organización técnica". Nada que objetar sobre este análisis puramente descriptivo, a la par que técnico-jurídico por la Sala, que parece que era la puerta necesaria de abrir para entrar, así lo dice la propia sentencia, "en la cuestión realmente decisiva", o dicho de forma mucho más clara "cuál es el alcance que pueda tener el control judicial de las medidas adoptadas".

Y aquí empiezan a aparecer los equilibrios jurídicos a los que me he referido con anterioridad, y recomiendo la lectura muy tranquila y detenida de cada párrafo de los fundamentos de derecho tercero, cuarto y quinto. La Sala inicia este "ejercicio circense" manifestando que la nueva redacción del art. 41 de la LET parecería dar a entender que el legislador deseaba potenciar el ius variandi empresarial y el principio general de libertad de empresa hasta extremos que vaciarían de contenido, por inservible jurídicamente, la doctrina jurisprudencial anterior "en torno a la restringidísima aplicación de la cláusula rebus sic stántibus en materia de obligaciones colectivas", y que llevarían al límite a eliminar los criterios de razonabilidad y proporcionalidad de las decisiones empresariales que los tribunales, y en concreto el TS, consideraba necesario demostrar. Pues no, no es así, la Sala rechaza que esta tesis pueda convertirse en realidad, sin que ello implique en modo alguno –obsérvese, insisto, el equilibrio jurídico de que hace gala la sentencia – que haga o pretenda hacer un "juicio de oportunidad" sobre decisiones que quedan en el ámbito de la esfera empresarial. No, no es esta la pretensión de la sentencia, sino pura y simplemente, que no es poco, garantizar la plena aplicación del derecho fundamental de todo justiciable a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 de la Constitución, y de ahí que siente una importante doctrina, perfectamente aplicable a otros conflictos que puedan suscitarse en materia de flexibilidad interna (suspensión de contratos o reducciones de jornada) o externa (despidos colectivos) en el ámbito de las relaciones de trabajo: "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".

Seguimos con los equilibrios, pero dando un paso más la sentencia en la defensa de unas condiciones salariales dignas que eviten el dumping social y que respeten uno de los objetivos del Tratado de la Unión Europea, cual es la mejora de las condiciones de trabajo. Acostumbrados a leer últimamente referencias a preceptos del TFUE en clave única y exclusivamente economicista, es reconfortante comprobar que el TS defiende los valores sociales reconocidos en el mismo y que son elementos fundamentales, sin duda, para lograr la tan deseada competitividad empresarial.

El TS no cuestiona, insisto, cuál deba ser la estrategia empresarial para lograr su objetivo, no le fija ni obliga a actuar de una determinada manera, pero si le pide que su decisión sea "idónea", es decir con aplicación del principio de idoneidad, para lograr ese objetivo. Por su interés reproduzco la

argumentación de la Sala sobre la razonabilidad y la idoneidad de la medida adoptada: "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], excluyendo en todo caso que a través de la degradación de las condiciones de trabajo pueda llegarse -incluso- a lo que se ha llamado «dumping» social, habida cuenta de que si bien toda rebaja salarial implica una mayor competitividad, tampoco puede -sin más y por elemental justicia- ser admisible en cualesquiera términos. Con mayor motivo cuando el art. 151 del TratadoFundacional de la UE establece como objetivo de la misma y de los Estados miembros «la mejora de las condiciones de ... trabajo», a la que incluso se subordina «la necesidad de mantener la competitividad de la economía de la Unión»; y no cabe olvidar la primacía del Derecho Comunitario y la obligada interpretación pro communitate que incluso se llega a predicar respecto de la propia Constitución, en aplicación del art. 10.2 CE…".

El fundamento de derecho tercero es a mi parecer el núcleo argumental jurídico de carácter doctrinal que puede inspirar nuevas resoluciones del TS y, desde luego, servir de guía para las sentencias de los restantes tribunales y juzgados de la jurisdicción social. Pero es obvio que la sentencia debe dar respuesta a una situación concreta planteada, y la desestimación del recurso vendrá del detallado examen de los hechos probados en instancia y de las aportaciones de ambas partes en casación para demostrar en un caso la corrección de la decisión de la AN (aportaciones empresariales bien valoradas por la Sala) y en otro la incorrección de la misma (aportaciones sindicales que no han merecido mucho crédito para la Sala en cuanto que consideró que no aportaron elementos que pudieran acreditar su tesis de que el objetivo perseguido por la empresa era "inalcanzable, desproporcionado o irracional". Por consiguiente, con las pruebas practicadas, y con el dato probado cierto de la caída de las ventas para todo el sector textil, la Sala entiende que la decisión adoptada se justifica en términos de "razonable idoneidad" que debe valorar el tribunal, de la misma manera, apunta nuevamente la Sala en este "equilibrio más o menos estable", que debería rechazar por ser contraria a derecho (y repito que es una situación que no se da en el caso concreto ahora analizado) "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".

¿Punto final, con mi acostumbrada mención dirigida a los lectores y lectoras del blog de "buena lectura de la sentencia? Pues no, ya que todavía nos queda un fundamento de derecho, el quinto, en donde se sienta nueva doctrina general sobre la necesidad de valorar, con todo detalle, cada situación concreta en que pueda encontrarse la empresa (a mi parecer la referencia puede extenderse sin ningún problema jurídico a situaciones semejantes en las que pueda encontrarse cualquier otra empresa) para deber examinare si cumple con los principios de razonabilidad e idoneidad. En el caso enjuiciado, la Sala concluye que debe desestimarse la petición del sindicato CC OO en los estrictos términos en que planteó su recurso, esto es las cantidades percibidas como comisiones, pero que en modo alguno acepta la genérica validez de otros objetivos que parece perseguir la empresa si nos atenemos a la redacción del acta final y a las comunicaciones dirigidas a los trabajadores. No, razona con contundencia la Sala, no se aceptan en modo alguno por la sentencia medidas que pudiera adoptar la dirección empresarial de manera unilateral como por ejemplo fijar los mínimos de ventas "que en cada momento pueda considerar unilateralmente la empresa como suelo para devengar comisiones". Por si a alguien no le hubiera quedado claro, la Sala, con indudables dosis de pedagogía jurídica, vuelve a recordar que sólo se ha aprobado una determinada decisión empresarial y que todo lo que ocurra en el futuro deberá ser evaluado con arreglo a los cánones generales de respeto a los principios de razonabilidad e idoneidad de acuerdo a lo expuesto en el fundamento de derecho tercero.

Por consiguiente, y con ello concluye su cuidada y equilibrada argumentación la Sala, en otro hipotético conflicto derivado de modificación sustancial de condiciones de trabajo y en el que no se alcance acuerdo entre las partes en el trámite del período de consultas, deberán los tribunales valorarlo y resolverlo con arreglo a los mismos cánones y reglas utilizadas por el TS en esta sentencia, y por consiguiente esta sentencia no prejuzga en modo alguno el resultado de cualquier ulterior

conflicto, ya que la decisión empresarial "ha de someterse -si media adecuada impugnación- al mismo control judicial que la adoptada en verano de 2012 y ahora enjuiciada, con un resultado -para esas otras- que dependerá de la entidad de la medida empresarial adoptada y de su racionalidad, a determinar en juicio que habrá de hacerse a la vista de las circunstancias justificativas entonces concurrentes y que resulten acreditadas en el correspondiente proceso judicial". Más claro, imposible ¿no les parece?

Y ahora sí, buena lectura de la sentencia.

***2.3.3. El Tribunal Supremo se pronuncia en Sala General sobre los requisitos necesarios para que pueda aplicarse una modificación sustancial de condiciones de trabajo. Notas a la importante sentencia de 16 de julio (y breve anotación de otras dos sentencias dictadas el 16.9 y 22.7)).***

1. La actualización de la base de datos del CENDOJ tras el período vacacional del mes de agosto ha permitido tener conocimiento de una importante sentencia dictada porla Sala de lo Social del Tribunal Supremo, reunida en Sala General, el 16 dejulio, de la que fue ponente el magistrado Luis Fernando de Castro, en la que sienta doctrina, reiterando en gran medida y aclarando o matizando en algún caso criterios expuestos en sentencias anteriores, cuáles son los requisitos necesarios para que una empresa puede acogerse al art. 41 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores para llevar a cabo una modificación sustancial de condiciones de trabajo.

2. La modificación sustancial de condiciones de trabajo está regulada en uno de los artículos "estrella" de la reforma laboral de 2012, o más exactamente hay que decir que dicha importancia se refiere a los cambios introducidos en el precepto con respecto a la normativa anteriormente vigente y de manera sustancial por la alteración operada en punto a permitir que la decisión de tal modificación sea adoptada por la parte empresarial y no requiera de acuerdo con la parte trabajadora, siempre y cuando exista la causa o causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que así la justifiquen. Como ya he indicado, hay varios pronunciamientos del TS, así como también otros de bastante interés por parte de la AN y de TSJ. En este blog he dedicado atención a algunas sentencias de dichos tribunales, a cuya lectura remito a las personas interesadas en el estudio de las MSCT y la jurisprudencia y doctrina judicial para completar mi anotación de la sentencia de 16 de julio. Los títulos de tales entradas son los siguientes:

"A) Sobre los límites a las decisiones unilaterales empresariales y la obligación de respetar la normativa vigente (arts. 41 y 82 de la LET). Notas a las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2013 y 16 de enero de 2014.

B) El Tribunal Supremo sigue marcando límites al poder de fijación unilateral de las condiciones laborales por el empleador (y acude al TFUE para apoyar sus tesis). Nota a la importante sentencia de 27 de enero de 2014 ("Caso Cortefiel").

C) Los acuerdos individuales "en masa" como vía (ilegal) de modificación sustancial de condiciones de trabajo. Notas a la sentencia del TS de 29 de julio de 2014.

D) No sólo de ERES de extinción de contratos vive (y trabaja) la Audiencia Nacional. Notas a algunas sentencias de suspensión de contratos y modificación de condiciones de trabajo de 2013 (sin olvidar los ERES extintivos)

E) Sentencias didácticas y de interés para la docencia teórica y práctica. Una nota a la sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de mayo de 2014 sobre el concepto de condición más beneficiosa.

F) Ultraactividad del convenio colectivo y modificación sustancial de condiciones de trabajo: dos situaciones jurídicas y dos respuestas. Nota a la sentencia de la AN de 27 de marzo de 2015 (caso Siscor Norte SL).

G) Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Decisión unilateral de la empresa sobre horario. Incumple el art. 41 de la LET. Vulneración de condición más beneficiosa. Nulidad. Nota a la sentencia de la AN de 24 de julio de 2015.

H) Ultraactividad. Nulidad de modificación sustancial de condiciones de trabajo y el valor jurídico constitucional de la autonomía colectiva para su regulación. Una nota a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 15 de abril de 2014".

3. La sentenciadictada por unanimidad en Sala General el 16 de julio, da respuesta al recurso de casación interpuesto por los sindicatos Comfia-CCOO, FES-UGT y CGT contra la del TSJ de Madrid de 11 de noviembre de 2013, que desestimó las demandas interpuestas por estos contra las empresas Hewlett Packard consultoría y aplicaciones España, S.L., Hewlett Packard outsourcing, CSI y Hewlett Packard servicios España, S.L.U., en proceso de conflicto colectivo, en las que pedían que se declarara nula, o subsidiariamente improcedente, las medidas de MSCT adoptadas por la empresa el 6 de junio de 2013. El resumen oficial de la sentencia es el siguiente: "Modificación sustancial de condiciones de trabajo. La composición híbrida de la comisión negociadora [representantes sindicales/comisionados ad hoc], aunque fuese del RD-ley 11/2013, ni puede ser alegada válidamente por primera vez en sede judicial ni vicia la negociación. Caracterización general de la necesaria negociación de buena fe. Inexistencia de mala fe cuando en la negociación se alteran varias veces las posiciones. Conceptuación de las causas en términos similares al despido colectivo, aunque con inferior nivel de exigencia. la documentación que ha de aportarse tratándose de MSCT, depende del caso concreto, aunque en general debe estar orientada a acreditar la concurrencia de la causa, la adecuación de la medida y -en su caso- atender a la finalidad del periodo de consultas. En el supuesto examinado la obligación no comprende las cuentas consolidadas".

En el antecedente de hecho cuarto de la sentencia del TS se transcriben los exhaustivos hechos probados de la sentencia de instancia. A los efectos del presente comentario interesa destacar que la empresa que aplicó la MSCT, HP consultoría y aplicaciones España SL, regulaba en el momento del conflicto sus relaciones laborales por el convenio estatal de empresas consultoras de planificación, organización de empresas y contable, empresas de servicios de informática y de estudios de mercado y de la opinión Pública (2007-2009), y que había suscrito varios acuerdos de empresa, los cuales son justamente objeto de la MSCT decidida por la empresa. Consta que la tramitación del procedimiento para proceder a la MSCT se inicia por la empresa 23 de mayo de 2013, y que el período de consultas se desarrolló hasta su finalización sin acuerdo, adoptando la empresa las medidas de MSCT el día 12. Dado que será una de las cuestiones jurídicamente debatidas, más exactamente su conformidad a derecho, debe indicarse que la parte trabajadora estuvo representada en la comisión negociadora por representantes de las secciones sindicales de CC OO (tres) UGT (dos) y CGT (dos), en cuanto que dichos sindicatos acordaron que la negociación se llevaría a cabo por las secciones sindicales, si bien también participaron en la comisión negociadora "cuatro representantes ad hoc nombrados en los centros de trabajo que no tenían representación" y así mismo "acudió también, con voz pero sin voto, un representante del centro de Oviedo".

La sentencia de la AN desestimó las demanda, encontrándose una síntesis de la misma en el fundamento de derecho primero de la dictada por el TS y que permite centrar con rapidez las cuestiones que van a ser objeto de resolución en el recurso de casación, en cuanto que los recurso interpuestos por los sindicatos inicialmente demandante giran alrededor de las mismas: "La sentencia recurrida sostiene la procedencia de las medidas adoptadas sobre la base de declarar probados resultados negativos de explotación y que las condiciones laborales de la demandada son superiores al resto del sector, rechazando la nulidad del proceso, porque: a) tal consecuencia no puede derivarse del hecho de que la composición de la Comisión negociadora fuese indebidamente híbrida [sindical/ ad hoc ]; b) tampoco puede llevar a la misma conclusión el hecho de que se hubiesen aportado extemporáneamente las cuentas anuales de la demandada correspondientes a 2012; c) no integra defecto alguno que no se hubiesen presentado cuentas consolidadas con la empresa matriz o las de las restantes empresas del grupo; y d) también sostiene la Audiencia Nacional - frente a la alegación de

parte- que la empresa negoció de buena fe. Asimismo, la decisión recurrida considera acreditado que la demandada tenía disfunciones organizativas y productivas que «justifican razonablemente tales medidas [las adoptadas], para ajustar la demanda con la plantilla, cuyos costes han aumentado exponencialmente en un solo ejercicio".

Los recursos se interponen al amparo de los apartados d) (petición de revisión de hechos probados) y e) (infracción de la normativa y jurisprudencia aplicable) del art. 207 de la Ley reguladora de la jurisdicción social. Con respecto al contenido sustantivo, los preceptos considerados vulnerados, además obviamente del art. 41 de la LET sobre MSCT, son el art. 64.1, regulador de las competencias del Comité de Empresa, de los arts. 4 y 5 del RD 1483/2012, que regulan la documentación a presentar por la parte empresarial en los despidos por causas económicas, y en aquellos que se produzcan por causas técnicas, organizativas o de producción, respectivamente, y los arts. 42 y 43 del Código de Comercio, reguladores de la presentación de las cuentas de los grupos de sociedades.

La Sala procede en primer lugar a efectuar unas consideraciones generales e introductorias, que por otra parte son habituales en buena parte de la sentencias que deben pronunciarse sobre la infracción alegada del apartado d) del art. 207 LRJS, sobre los requisitos generales que deben darse para que puedan procederse a la revisión de los hechos probados en instancia, siendo a mi entender especialmente relevante, lo subrayo una vez más, que la revisión, modificación o adición de un hecho "tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia", debiendo tener los documentos que se aportan para justificar tal revisión "una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable". A partir de este planteamiento general, la Sala va a rechazar la petición de revisión solicitada para que quedara probada la necesidad de que en el trámite negociador se hubieran aportado las cuentas, no sólo de la empresa que adoptó la medida impugnada, sino también "de las cuentas consolidadas de las demandadas con la empresa matriz y las de todas las empresas del grupo", por considerarla no trascendente para la resolución del litigio en cuanto que, avanzando ya parte de su razonamiento jurídico posterior, entiende "inexistente" dicha necesidad en los procedimientos de MSCT. Igualmente, se rechaza la modificación propuesta sobre la estructura del grupo HP porque la sentencia de instancia adoptó una conclusión fundada en base a un informe técnico, y el criterio subjetivo de la parte recurrente no puede prevalecer contra el objetivo del juzgador salvo que se hubiera producido un "evidente error" que aquí no se ha dado En fin, la Sala da un pequeño tirón de orejas jurídico a la CGT por los términos en que está redactada su propuesta de modificación del hecho probado primero, al introducir valoraciones jurídicas en su razonamiento "que no tienen cabida en los HDP y hallan exclusiva – propiamente adecuada – ubicación en la fundamentación jurídica…".

4. Desestimada la petición de revisión de hechos probados la Sala pasa ya al examen del contenido sustantivo o de fondo de los recursos presentados, centrados en estos cuatro puntos que guardan estrecha relación obviamente, y como ya he apuntado con anterioridad, con los pronunciamiento de la sentencia de instancia: "1º) la defectuosa constitución de la Comisión Negociadora; 2º) la presentación extemporánea de las cuentas anuales; 3º) la ausente aportación de las cuentas consolidadas con la empresa matriz y de las cuentas anuales de las restantes empresas del grupo; y 4º) inexistente negociación de buena fe". El TS recuerda que la demanda y las alegaciones expuestas por las recurrentes en el acto del juicio fueron ya "…ya adecuadamente refutadas por la sentencia ahora recurrida", y que hace suyas las argumentaciones de la AN y da reproducidas, salvo "en lo que no diverjamos expresamente a continuación".

Conviene recordar, antes de analizar la argumentación del TS que en las fechas en que se tramitó la MSCT estaba vigente la Ley 3/2012 de 6 de julio, algunos de cuyos preceptos, y señaladamente el art. 41 por lo que interesa al objeto de mi explicación fueron modificados por el RDL 11/2013, Transcribo un fragmento de mi comentarioa dicha norma:

"c) La reforma operada por el RDL 11/2013 introduce modificaciones respecto a los sujetos legitimados para negociar, en el supuesto de no intervención de las secciones sindicales de empresa, así como también en cuanto a las obligaciones formales de la parte empresarial para poder constituir la comisión negociadora y que pueden llevar a una inexistencia de la misma que no afecte a la tramitación del procedimiento. …

-- Cuando el procedimiento afecta a más de un centro de trabajo, tendrá prioridad para negociar el comité intercentros, obviamente "siempre que tenga atribuida esa función en el convenio colectivo en que se hubiera acordado su creación". La inexistencia de comité intercentros llevará a que la representación del personal esté integrada por representantes de los centros en que existieren. La nueva redacción de las normas de representación es bastante compleja, y auguro conflictos que pueden cuestionar la seguridad jurídica tan deseada por el legislador. En efecto, la primera regla en caso de presencia de representación en unos centros y no en otros es la atribución de toda la representación a aquellos sujetos que son representantes legales de los trabajadores "de los centros que cuenten con dichos representantes", pero inmediatamente esta regla se convierte en supletoria, condicionada a que los trabajadores de centros sin representación no opten por elegir delegados "ad hoc", dado que en el supuesto de que sí decidan su elección, la parte social durante el período de consultas "estará integrada conjuntamente por representantes legales de los trabajadores y por miembros de las comisiones previstas en dicho párrafo, en proporción al número de trabajadores que representen". Por consiguiente, la no elección de delegados ad hoc implicará que el centro de trabajo correspondiente asigna su representación a los representantes legales de los trabajadores de los centros de trabajo afectados que cuenten con ellos, "en proporción al número de trabajadores que representen".

Finalmente, también puede darse el supuesto de que ningún centro de trabajo afectado por la medida de flexibilidad interna o externa cuente con representantes, y en tal caso la comisión negociadora estará integrada por los delegados elegidos ad hoc en los centros de trabajo afectados, insistiendo nuevamente la norma (no es casualidad) "en proporción al número de trabajadores que representen", lo que quiere decir, lisa y llanamente, que si no eligen a tales delegados no se constituirá la comisión negociadora, pero no se interrumpirá la tramitación del período de consultas como explicará a continuación.

Por fin, dado que el número máximo de miembros de la comisión es de trece, se establece una elección de segundo grado entre los representantes que hubieran sido elegidos, en procesos electorales ordinarios o ad hoc, en primera instancia, ya que entre todos ellos elegirán de su seno a ese máximo de trece, siempre "en proporción al número de trabajadores que representen". Recuérdese aquí, como punto de referencia, la redacción del art. 63 de la LET sobre el comité intercentros, en el que se dispone que en su constitución "se guardará la proporcionalidad de los sindicatos según los resultados electorales considerados globalmente".

Está por ver qué incidencia puede tener la utilización del criterio del "número de trabajadores de los centros afectados", pero no parece una cuestión de menor importancia en orden al impacto de la presencia sindical en esas comisiones y el abandono del criterio de la representatividad sindical, o cuando menos de la proporcionalidad de los sindicatos presentes en los centros de trabajo afectados si la hubiere, y de ahí que esta regla haya ya merecido una dura crítica jurídica por parte de los sindicatos CC OO y UGT, como ya he indicado con anterioridad, poniendo de manifiesto (y desde luego la hipótesis no es de laboratorio, dado el tejido empresarial español) que "puede conllevar que los representantes no sindicalizados desplacen a los sindicales en las negociaciones de medidas de flexibilidad tanto internas como externas, con posible violación del derecho de libertad sindical (Artículo 28.1 de la Constitución)".

Sobre los criterios a respetar y cumplir en la adopción de acuerdos para que tengan validez, el reformado artículo 28 refuerza, siquiera sea pedagógicamente, la regla ya contemplada en el precepto ahora modificado; en efecto, mientras que en la redacción anterior se disponía que "Los acuerdos en el periodo de consultas requerirán la conformidad de la mayoría de los miembros de la comisión negociadora que, en su conjunto, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados", en el texto vigente se añade inmediatamente a continuación que para determinar esa mayoría "se considerará el porcentaje de representación que tenga, en cada caso, cada uno de sus integrantes".

5. El primer punto objeto de atención es el relativo a la defectuosa constitución de la comisión negociadora, por haber negociado las secciones sindicales y también representantes designados a hoc por los trabajadores de los centros de trabajo que no tenían representación. Sobre las comisiones "híbridas" la AN se pronunció en varias ocasiones antes de la reforma del art. 41 por el RDL 11/2013, y ello fue objeto de estudio por mi parte en las entradas en que analicé sus sentencias, así como también por el propio TS en algunas de sus sentencias dictadas en materia de despidos colectivos, y me permito remitir a mi comentario "Despidos colectivos, Si el despido es colectivo, el sujetolegitimado activamente para impugnarlo también ha de serlo. Reconocimiento dela legitimación activa de las comisiones híbridas. Notas a la sentencia del TSde 21 de abril".

En la sentencia ahora objeto de comentario la Sala rechaza las dudas de la AN respecto de la validez de las "comisiones híbridas" en la regulación anterior al RDL 11/2013, poniendo el acento en que esa posibilidad (secciones sindicales más representantes ad hoc) no viciaba de nulidad la negociación (véase la sentencia del TS de 14 de mayo de 2015) y que además, y sin duda este argumento refuerza y mucho y la tesis anterior, "… los afectados por el proceso negociador de que tratamos optaron -en la constitución de la Comisión Negociadora- por una solución no prevista entonces por la norma, pero tan razonable que fue poco tiempo después la adoptada por el legislador; y es más, consta que en su constitución, los comisionados ad hoc se comprometieron expresamente a respetar la ponderación de voto, tal como exigen las posteriores normas que pasaron a contemplar ya tal solución..". La Sala considera contraria a la buena fe, siempre y cuando no se cuestione una norma de derecho necesario absoluto – y el TS ya ha indicado que no se da esta circunstancia en el supuesto examinado de las comisiones híbridas, con clara voluntad flexibilizadora de la normativa entonces aplicable – que una parte negociadora haya acordado con la otra unas determinadas reglas para el proceso negociador y con posterioridad alegue que dichas reglas vician el proceso, yendo cohtra sus propios actos.

6. La Sala debe responder a continuación sobre la falta de buena fe negocial alegada por las partes recurrentes. Su conclusión desestimatoria se produce previo un amplio análisis de su doctrina sobre la buena fe negocial, sentada básicamente en procedimientos de despido colectivo pero que considera, con acierto a mi entender, una regla "extrapolable a la modificación colectiva", entendiendo por tal una actuación diligente en orden a la búsqueda y consecución de un acuerdo, pero sin que ello obligue a una resolución pactada porque la obligación es de negociar y no de convenir (aunque, añado yo ahora, el acuerdo sea muy conveniente para un desarrollo armónico y equilibrado de las relaciones laborales), diligencia que puede plasmarse, por ejemplo, en facilitar toda la información necesaria para que el período de consultas se desarrolle en tiempo y forma útil y formular propuestas alternativas o complementarias de la inicialmente presentada, en el bien entendido que habrá de valorarse cada caso en concreto para concretar cómo se ha producido el desarrollo de la negociación y el respeto al principio de la buena fe negocial.

Trasladadas estas consideraciones generales al caso concreto ahora enjuiciado, la Sala hace suya la tesis de la sentencia recurrida que entendió debidamente cumplido este requisito por parte de la empresa afirmando que "la simple lectura del período de consultas revela que dio respuesta a cada una de las propuestas de los representantes de los trabajadores, incluidas las de CGT (hecho pacífico), habiéndose probado que alteró sus posiciones en varias ocasiones durante el período de consultas, lo que acredita su disposición a dejarse convencer por las posturas de la contraparte, como exige la jurisprudencia…". Sobre el período de consultas y su significado vuelve después la sentencia, aunque sólo para reiterar aquello que ya acabo de exponer.

7. Es el momento ya para la Sala de abordar las alegaciones contenidas en los recursos sobre cuál es la documentación a aportar en un conflicto como el que es objeto de su atención, pero previamente a ello, y esta es una parte relevante de la sentencia al objeto de sentar doctrina sobre qué son las causas motivadoras de una MSCT, entendiendo la Sala que este análisis previo es necesario "habida cuenta de la obvia vinculación instrumental que concurre entre la existencia de tales causas, la finalidad del proceso negociador y la documentación a entregar [al servicio de la prueba de las primeras y de la consecución de la segunda]".

La Sala recuerda en primer lugar su doctrina interpretativa del art. 41.1, sentada entre otras en sentencias de 27 de enero de 2014, 10 de diciembre de 2014 y 17 de mayo de 2015, por citar sólo las más recientes en el tiempo, siendo su tesis que debe entenderse la existencia de las causas citadas en dicho precepto cuando la decisión empresarial favorezca "…mediante una más adecuada organización delos recursos… la posición competitiva de la empresa, o la eficacia del servicio prestado por la misma, o una y otra cosa a la vez, sin que haya de acreditarse la superación de vicisitudes negativas".

Es en este punto cuando la Sala entiende que debe matizar (obsérvese que en modo alguno se plantea la alteración radical de la doctrina anteriormente expuesta) su doctrina a partir de la argumentación del Tribunal Constitucional expuesta en su sentencias sobre la constitucionalidad de la reforma laboral de 2012 (STC 119/2014 de 16 de junio, 8/2015 de 22 de enero y la más reciente, pero no publicada en la fecha de dictado de la sentencia del TS, 140/2015 de 22 de junio, señaladamente la segunda), para reforzar argumentalmente "el control judicial de la exigencia de acreditación de la causa", y por ello para "rechazar la degradación de condiciones laborales".

El TS, erigiéndose en intérprete de la doctrina sentada por el TC en unos términos que no estoy precisamente seguro que sean del agrado de quienes redactaron el art. 41 de la LET, y que también dudo de que sea del agrado de todos los miembros del TC, es del parecer que la argumentación contenida en el fundamento jurídico cuarto in fine de la sentencia 8/2015 "… haciendo una lectura del precepto ajustada a la tutela judicial efectiva, parece apuntar -en materia de MSCT- a la exigibilidad de los mismos presupuestos de «pérdidas», «disminución de ingresos» y «cambios» [en medios o instrumentos de producción, sistemas y métodos de trabajo; y demanda de productos o servicios] a que se refieren los referidos arts. 47, 51 y 82.3 ET ; siquiera - entendemos nosotros- el nivel de exigencia no puede ofrecer la misma intensidad en las MSCT que en los otros supuestos, tanto porque el TC atribuye un valor meramente orientativo a los preceptos a que se remite, cuanto por elemental respeto a la literal redacción del art. 41.1 ET, que califica como causas suficientes -económica, técnica, organizativa o de producción- a «las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa", concluyendo la Sala, y seguro que la doctrina sentada en esta sentencia será de especial interés y estudio para todos los profesionales del Derecho del Trabajo, que tras la interpretación constitucional del precepto examinado, "hemos de entender que la MSCT no se presenta como un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial, sino una medida racional para corregir deficiencias en los diversos planos -económico, productivo, técnico u organizativo- que el art. 41.1 ET contempla".

Hay ciertamente diferente gradación o ponderación de los intereses empresariales según que se adopten medidas de flexibilidad externa (despidos colectivos) o internas (suspensiones contractuales, MSCT), y en este punto la Sala pone de manifiesto, como ya ha hecho en anteriores ocasiones, que el margen de flexibilidad empresarial para organizar la actividad productiva, que encuentra un punto de referencia obligado en el art. 38 de la Constitución y su reconocimiento de la libertad de empresa y defensa de la productividad (concepto el de productividad en el que, no se olvide, tienen también mucho que decir los trabajadores) es más amplio si se adoptan medidas de flexibilidad interna, pero que en cualquier caso, las medidas que se adopten, en suma el margen de flexibilidad empresarial para aplicar la medida por concurrencia de las causas enumeradas en el art. 41.1 de la LET "ha de encontrar un punto adecuado de equilibrio entre la libertad de empresa y el derecho al trabajo de los trabajadores reconocido en el art. 35 del propio texto constitucional".

En definitiva, la conclusión a la que llega la Sala, aun cuando no se ubique en este bloque sino en un apartado posterior que lleva por título "las exigencias de una válida MSCT" es que esta requiere que se den los siguientes elementos y circunstancias: "a) que existan -y acrediten- razones económicas, técnicas, organizativas y de producción, conceptos en cuya intelección ha de atenderse -siquiera degradados en la intensidad de su exigencia- a los normativamente expuestos para el despido colectivo, la suspensión colectiva de contratos o el «descuelgue» del Convenio Colectivo, de forma que el punto de inferencia ha de hallarse más en la «mejoría de la situación» que en la existencia de verdadera «crisis empresarial»; b) que las medidas a adoptar se justifiquen en términos de idoneidad [adecuación para conseguir el fin pretendido] y proporcionalidad en

sentido estricto [equilibrio, atendiendo los bienes en conflicto]; y c) que el periodo de consultas se oriente - con la presencia siempre obligada de buena fe negociadora- a reducir el impacto de las medidas sobre los intereses de los trabajadores".

Por su interés para una mejor comprensión de la doctrina sentada por el TS en esta importante sentencia, reproduzco el fragmento de la sentencia del TC que he referenciado con anterioridad: "Es necesario precisar brevemente los condicionantes a los que el art. 41 LET somete el ejercicio de la facultad empresarial de modificación unilateral de las condiciones de trabajo fijadas extraestatutariamente. La citada facultad empresarial, en primer lugar, no puede afectar a los convenios colectivos sino sólo a pactos "extraestatutarios" o "de eficacia limitada". En segundo lugar, se concibe únicamente como alternativa al fracaso de la negociación previa y preceptiva con los representantes de los trabajadores. En tercer lugar, no excluye la posibilidad de acudir a aquellos otros procedimientos específicos establecidos en la negociación colectiva para llevar a cabo esas modificaciones. En cuarto lugar, tampoco impide a las partes acordar la sustitución de esa negociación previa por un procedimiento de mediación o arbitraje. En quinto lugar, no permite al empresario adoptar la decisión de forma discrecional, sino exclusivamente cuando concurran "probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción" (apartado 1). En sexto lugar, se atribuye al trabajador en determinados casos y cuando acredite la concurrencia de un perjuicio, la posibilidad de rescindir el contrato con derecho a percibir una indemnización. Y, en último lugar, la decisión empresarial queda sujeta, en todo caso, al control judicial ante la jurisdicción social, al ser impugnable tanto colectivamente (conflicto colectivo), como individualmente (acción individual).

De lo anterior cabe deducir que la medida supera el juicio de idoneidad al ser adecuada para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido por ella, esto es, evitar la destrucción del puesto de trabajo mediante su adaptación a las concretas circunstancias que atraviese la empresa. También supera el juicio de necesidad pues, al margen de que los recurrentes no ofrecen como alternativa la existencia de otra medida menos lesiva que permita la consecución de aquel fin con la misma eficacia, no se advierte que se haya producido con la medida elegida por el legislador un sacrificio patentemente innecesario de los derechos que la Constitución garantiza, a la vista de los condicionantes a los que se somete el ejercicio de la facultad empresarial de modificación, y, en concreto, al concebir la modificación unilateral del empresario como un recurso sólo permitido ante el fracaso de los preceptivos mecanismos previos de negociación o transacción con los representantes de los trabajadores. Y, en fin, también supera el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, pues se trata de una medida que resulta ponderada, no sólo por los límites y garantías a las que la ha sometido el legislador, sino también por derivarse de su aplicación más ventajas para el derecho al trabajo que perjuicios para el derecho a la negociación colectiva.".

8. Tras esta amplia exposición y fijación de doctrina, que la Sala califica más modestamente de "introducción", el TS entra en el examen de la documentación que debe aportarse por la empresa en un procedimiento de MSCT, recordando su consolidada doctrina de que, por una parte, ni en la LET ni en el RD 1483/2012 hay referencia expresa a qué documentación debe aportarse en un procedimiento de MSCT (sí la hay referida a los despidos y suspensiones contractuales, y no es casualidad, añado yo ahora, que los recurrentes hayan alegado vulneración de los art. 4 y 5 del RD que regulan la documentación en los despidos colectivos) y de otra, que para garantizar que el período de consultas se desarrolle en tiempo y forma útil, siguiendo la consolidada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la aplicación 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, hay que aportar obligatoriamente "tanto aquellos documentos que acrediten la concurrencia de las causas, cuanto los que justifiquen las correspondientes medidas a adoptar y en todo caso -con carácter general- todos aquellos que permitan cumplir con la finalidad del periodo de consultas…", finalidad que la Sala refiere, a partir de la entrada en vigor del RDL 11/2013 pero que considera razonable también extender al período anterior en el que se produjo el conflicto ahora analizado, "a la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias".

Me parece muy importante en este punto que la Sala efectúe un amplio recordatorio de la que es a mi parecer la primera sentencia relevante del TS en esta materia, la dictada el 27 de enero de 2014, en la que se hace expresa mención del art. 151 del Tratado fundacional de la UE para defender la negativa jurídica a la degradación de las condiciones de trabajo y a que se produzca un efecto de dumping social. Recordemos que en el asunto resuelto por dicha sentencia se planteaba una determinada rebaja salarial por parte de la empresa, y la Sala concluyó que "…si bien toda rebaja salarial implica una mayor competitividad, tampoco puede -sin más y por elemental justicia- ser admisible en cualesquiera términos. Con mayor motivo cuando el art. 151 del Tratado Fundacional de la UE establece como objetivo de la misma y de los Estados miembros «la mejora de las condiciones de trabajo», a la que incluso se subordina «la necesidad de mantener la competitividad de la economía de la Unión".

De toda esta amplia argumentación expuesta sobre qué es una MSCT y cómo debe justificarse por la parte empresarial, es fácil concluir, y así lo hace efectivamente la Sala, que la documentación que debe aportarse en una MSCT no ha de tener la misma "intensidad" que la presentada en un procedimiento de despido colectivo, o de suspensión de contratos y/o reducción de jornada, aun cuando, se insiste una vez por la Sala con tono didáctico, que los requisitos requeridos por el RD pueden servir de orientación para la documentación que haya de aportarse, en especial cuando se trata de una causa económica, siempre y cuando todo ello se relaciones o se ubique "bajo el prisma de la obligada buena fe y con la finalidad puesta en la posible consecución de un nuevo acuerdo".

En apoyo de su tesis sobre la no obligatoriedad de aportar la misma documentación en procesos de flexibilidad externa (como el de despido colectivo) que en aquellos de carácter interno (como la MSCT) la Sala aporta un argumento normativo no ciertamente de poca importancia, cual es que ni en el RDL 3/2012, ni en la Ley 3/2012, ni en las normas que procedido posteriormente a modificar la Ley, se ha introducido obligación de equiparación de documentación a aportar, por lo que la empresa cumplirá con la obligación de negociar de buena fe y de facilitar que el desarrollo del período de consultas se desarrolle en tiempo y forma útil, cuando presente "aquellos (documentos) que se hallen preordenados a la estricta acreditación de las causas de la MSCT (lógicamente en los términos que el art. 41.4 ET requiere) y a la obtención de la finalidad propia del período de consultas".

Desde este planteamiento general, y que es el que más interesa destacar a efectos doctrinales por su impacto sobre futuros litigios de los que deba conocer el TS, la Sala es del parecer que la causa real de la MSCT fue de índole económica, previa existencia de un problema de un problema organizativo/productivo, y que ello es así parece claramente deducible a partir de estos datos recogidos en los hechos probados de instancia: "a) que los salarios de la empresa están «por encima de la media del sector» y la jornada «claramente por debajo»; b) que la pérdida de proyectos «por falta de competitividad» es progresiva en los últimos años y ha pasado a ser -en 2012- del 65%, generando pérdidas por importe de 65.370.000 €; c) que los principales clientes han reducido sustancialmente sus tarifas y que los gastos de personal de la demandada se han incrementado notablemente, habiéndose reducido los márgenes económicos en el 17%; y d) la previsión de ingresos para 2013 alcanza una reducción de 529.700.000 #".

La existencia de un problema económico, ciertamente importante, sólo de la empresa que llevó a cabo la MSCT, lleva a la Sala a manifestar la inexistencia de obligatoriedad de aportar las cuentas consolidadas con su empresa matriz en España y las cuentas anuales de las restantes empresas del grupo, y ello con independencia de que mediaran "datos objetivos que obligasen a la pretendida consolidación de cuentas", insistiendo la Sala para justificar su decisión en que no se alcanza a ver qué incidencia podría tener para la resolución del litigio en un sentido diferente del de la sentencia de instancia que se hubieran aportado tales cuentas cuando, en primer lugar, estamos ante un procedimiento de flexibilidad interna y no externa, y por otra parte el problema económico afecta única y exclusivamente a la empresa demandada tal como se acaba de reflejar en los hechos probados de instancia. Tampoco considera relevante la Sala, para dictar una resolución diferente a la de instancia, la alegación de remisión extemporánea de las cuentas anuales por parte de la empresa a la comisión negociadora, tratándose en cualquier caso de una irregularidad formal que no viciaría el trámite negocial en cuanto quedó probado que dicha remisión se efectuó con éxito informático el 27

de mayo (la CGT alegó que la remisión fue el día 30) mientras que el período de consultas se alargó varios días y la decisión final de la empresa se adoptó el 12 de junio.

Como pueden comprobar los lectores y lectoras del blog, y con ello concluyo, se trata tal como he indicado al inicio de mi exposición de una importante sentencia que debe merecer especial atención.

### 2.4. Tiempo de trabajo.

#### *2.4.1. La Audiencia Nacional y los límites a la obligación de ejercer el derecho a reducción de jornada por guarda legal y motivos familiares durante "la jornada diaria de trabajo". Notas a la importante sentencia de 23 de marzo.*

1. La actualización de la base de datos del CENDOJ de sentencias dictadas por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional permite comprobar que se han dictado recientemente importantes resoluciones en materia, entre otras, de modificación sustancial de condiciones de trabajo, ultraactividad de convenio colectivo y ejercicio del derecho a reducción de jornada por guarda legal y motivos familiares.

Justamente es la sentencia dictada el 25 de marzo por la AN sobre el derecho a reducción de jornada, de la que ha sido ponente la magistrada Emilia Ruiz Jarabo, la

que motiva esta entrada. Se trata de una cuestión de indudable importancia, tanto desde la vertiente estrictamente jurídica como desde la social de poder compatibilizar responsabilidades personales y familiares con las laborales, y hasta donde mi conocimiento alcanza es la primera vez en que la AN se pronuncia sobre cómo debe interpretarse el art. 37.5 de la Ley delEstatuto de los trabajadores tras la modificación operada primero por el RDL 3/2012 y confirmada después por la Ley 3/2012 de regulación del ejercicio de tal derecho de reducción dentro de la "jornada diaria" de trabajo.

2. La AN dicta sentencia con ocasión de las demandas presentadas por la Federación de Servicios Públicos de la UGT y la CSI-F en procedimiento de conflicto colectivo, planteándose cómo pueden ejercer los trabajadores de la empresa demandada, a la que se le aplica elconvenio colectivo estatal de Contact Center (antes Telemarketing), su derecho a reducción de jornada por motivos familiares. La normativa de aplicación en juego es el art. 37.5 de la LET y los arts. 32 y 33 del convenio colectivo citado.

El resumen oficial de la sentencia es el siguiente: "Reducción de jornada por guarda legal y por motivos familiares. La AN estima la demanda y declara que el derecho a la reducción de jornada no comporta, con base al redactado del art 37.5 ET introducido por el RDL 3/12, que dicha reducción deba ejercerse necesariamente dentro de los márgenes de jornada diaria de trabajo, sino que en aplicación del precepto del convenio que lo regula, al que remite el art.37.6 del ET corresponde al trabajador dentro de su jornada ordinaria". Desconozco cuando redacto esta nota, aunque parece previsible la respuesta afirmativa, si la empresa interpondrá recurso de casación.

Antes de seguir con la exposición del caso y conocer el origen del litigio y las argumentaciones de la parte demandada en el acto del juicio, es necesario recordar el contenido de los preceptos en juego. En primer lugar, el art. 37.5 de la LET dispone que "5. Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de doce años o una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquélla. Tendrá el mismo derecho quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida….". En segundo término, los arts. 32 y 33 del convenio, suscrito el 23 de mayo de 2012 (es decir, una vez entrado ya en vigor el RDL 3/2012) disponen que "2. Quien por razón de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de ocho años o un minusválido físico, psíquico o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario entre al menos un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquélla. 3. Tendrá el mismo derecho quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el

segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad, no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida….. 5 Estos derechos se podrán ejercitar en los términos que para estos supuestos concretos se establezcan en los acuerdos entre la empresa y los representantes de los trabajadores, o conforme al acuerdo entre la empresa y la trabajadora afectada. En su defecto, la concreción de estos

derechos corresponderá a la trabajadora, siendo de aplicación las reglas establecidas en el apartado anterior, incluidas las relativas a la resolución de discrepancias", y que "la concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de la jornada, previstos en este capítulo, corresponderá al trabajador dentro de su jornada ordinaria".

Obsérvese en consecuencia que la redacción del texto convencional es sustancialmente semejante a la redacción de la LET anterior a la reforma laboral pero, insisto, el convenio fue suscrito una vez que esta ya había entrado plenamente en vigor y con independencia de que se acordara la tramitación parlamentaria del RDL 3/2012 hasta convertirse posteriormente en la Ley 3/2012.

3. El litigio encuentra su razón de ser en la respuesta empresarial a la petición de una trabajadora, formulada en 2014, de reducir su jornada laboral por cuidado de hijos de forma que se "compactara" en su jornada ordinaria semanal. La redacción de los hechos probados no permite conocer exactamente cuál era la petición de la trabajadora, si bien parece deducirse de la lectura de la respuesta de la empresa que debió querer ejercer su derecho de tal manera que prestara servicios de lunes a viernes únicamente.

La petición no fue aceptada por la empresa argumentando que tras la entrada en vigor del RDL 3/2012 y la modificación operada en el art. 37.5 de la LET la reducción sólo podía ser "diaria", por lo que dado que su jornada semanal se distribuía de lunes a domingo, la reducción no permitía que dejara de trabajar "los fines de semana que por convenio le corresponde trabajar, descansando los fines de semana que establece el convenio colectivo de aplicación en su artículo 25 como lo venía haciendo hasta la fecha". El citado art. 25 del convenio dispone lo siguiente: "Se garantizará a cada trabajador el disfrute de dos fines de semana al mes. A estos efectos se considera como fin de semana el período de 48 horas comprendido entre las cero horas del sábado y las veinticuatro horas del domingo".

En conclusión, permítanme ahora la simplificación, la trabajadora debía seguir trabajando los fines de semana asignados según la organización del trabajo fijada por la empresa, no pudiendo aplicar el derecho a la reducción de jornada a toda la jornada de los sábados y domingos, ya que sólo podía ejercer esa reducción legal y convencional en un espacio de tiempo "diario" (supongo que cualquier día de los que debía trabajar, es decir cualquiera de los siete días de la semana).

Esta respuesta de la empresa fue la chispa que provocó el conflicto jurídico, primero mediante denuncia ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social por incumplimiento del convenio colectivo vigente, denuncia que motivó que la ITSS, según queda constancia en el hecho probado tercero, formulara requerimiento a la empresa "para que con carácter inmediato dé cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 32 y 33 del convenio colectivo de aplicación, sin perjuicio de las acciones que se puedan ejercitar ante la jurisdicción competente". Con posterioridad, la reunión de la comisión paritaria de interpretación del convenio no sirvió para lograr un acuerdo sobre cómo debían aplicarse los preceptos cuestionados, y tampoco sirvió para lograr un acuerdo que pusiera fin al conflicto el procedimiento de mediación instado por la FES-UGT.

4. Respecto a la argumentación de las demandantes, remito a lo expuesto con anterioridad. En cuanto a las alegaciones de la parte demandada fueron tanto de índole procesal formal como sustantivas o de fondo: en primer lugar se argumentó inadecuación de procedimiento, y en segundo término, y esta es la parte más relevante a efecto del debate jurídico que provocará esta sentencia, se alegó que la reforma laboral de 2012 sólo permitía la reducción "diaria" de la jornada ordinaria de trabajo y en el marco del horario del trabajador.

Si nos fijamos con detalle en el fundamento de derecho segundo, comprobaremos con sorpresa jurídica dos alegaciones de la parte recurrente: la primera que el convenio se suscribió cuando la reforma laboral (RDL 3/2012) "no era definitiva", y que fue "consolidada" por la Ley 3/2012 cuando el

convenio ya había sido negociado (y suscrito), y la segunda que de las actas de la comisión negociadora queda constancia de que los negociadores se remitieron "a los mínimos" (¿?), "salvo cuestiones objeto de negociación expresa sin que se pueda declarar el derecho absoluto reclamado sin límite alguno". Calificar una hipotética mejora convencional como un "derecho absoluto" resulta ciertamente desconcertante, y negar que un convenio pueda concretar, adaptar, mejorar, lo dispuesto en una norma legal que podrá ser en todo caso de derecho necesario relativo pero nunca absoluto, es también, como mínimo, sorprendente.

5. La excepción formal es desestimada por la Sala, con buen criterio a mi parecer, dado que concurren los elementos que caracterizan o configuran la modalidad procesal de conflicto colectivos, es decir el elemento subjetivo (es obvio que el conflicto puede afectar a todos los trabajadores y trabajadoras de la empresa que cumplan los requisitos legales y convencionales para ejercer su derecho a la reducción de jornada) y el elemento objetivo, esto es el interés general residenciable en todo el grupo de trabajadores potencialmente afectados, todos ellos interesados en saber "en los supuestos de reducción de la jornada por motivos familiares, la forma de determinar la concreción horaria y el periodo de disfrute de la reducción para todo el colectivo de trabajadores de la empresa".

Procede a continuación la Sala a entrar en el fondo del conflicto suscitado, siendo la sentencia a mi parecer interesante no sólo para casos como el enjuiciado (convenio negociado durante la vigencia de la reforma de 2012) sino también para aquellos convenios que mantengan una redacción de los preceptos semejante a la del convenio de contact center, y que pueda llevar a una aplicación del precepto relativo al derecho de reducción de jornada en términos que garantice su razón de ser, que no es otra que el de poder compatibilizar adecuadamente responsabilidades familiares y laborales y que se ajuste a la protección del derecho a la familia y a la doctrina del TC, ya que tal como afirmaba la profesora Charro Baena en el artículo antes citado "…resulta incontrovertido que con la nueva redacción del art. 37.5 ET se mantiene, en cualquier caso, el principio general que debe de servir de base para la correcta interpretación y aplicación de los derechos de conciliación en general, y la reducción de jornada para cuidado de un hijo menor en particular, que tiene un fundamento constitucional, en especial en el principio constitucional relativo a la tutela o protección de la vida en familia del art. 39 CE". En esta misma senda de interpretación constitucionalmente integradora del precepto se manifiesta el magistradoJoanAgustí, para quien "Por ello, y ante la ausencia de justificación explícita de la reforma que ahora comentamos (la inclusión de la referencia "diaria" en el art. 37.5 ET), no parece muy lógica –ni en todo caso, ineludible– la imputación de la finalidad restrictiva respecto a un "derecho de conciliación" cuya potenciación, solamente un año después, en el RDL 16/13, se publicita como una de las " medidas que favorezcan la conciliación de la vida familiar y laboral que, a su vez, contribuirán a la creación de empleo, sobre todo de las mujeres. Y que "Debe añadirse a lo anterior que tampoco consta que en el trámite parlamentario de validación mediante la Ley 3/12 del RDL 3/12, como se desprende del examen del diario de sesiones, se explicitara la imputada voluntad restrictiva del legislador, por cuanto no se abordó en momento alguno tal concreta reforma normativa que nos ocupa, la simple adición del término " diaria" al derecho de reducción de jornada ex art. 37.5 ET".

La Sala debe responder a la tesis de la parte demandada, es decir aquella que sostiene que la concreción horaria de la reducción de jornada sólo se puede efectuar, tras la reforma en 2012 del art. 37.5 de la LET, diariamente y no de forma o manera compactada en uno o más días, ya que a su parecer el precepto legal (y ya he manifestado mi crítica al respecto), "es una norma imperativa absoluta, no mejorable por convenio colectivo". Como ya es sabido desde el inicio de mi exposición, la AN estimará la demanda y fallará el derecho de los trabajadores de la empresa demandada "a que la concreción horaria de la reducción de jornada por guarda legal y por motivos familiares se disfrute sin más requisitos o limitaciones que las que aparecen contempladas en los artículos 32 y 33 del Convenio Colectivo de Contact Center , es decir, dentro de su jornada ordinaria y ,en consecuencia, sin que la empresa les pueda exigir que dicha concreción horaria se realice obligatoriamente dentro de su jornada ordinaria "diaria", condenamos a la empresa demandada a estar y pasar por esta declaración".

La argumentación de la Sala va a partir de la estrecha relación del art. 37.5 con el 37.6, es decir el marco que la propia LET abre a la negociación colectiva para la concreción de la reducción de la

jornada, de forma que sean las partes las que valoren como combinar adecuadamente (y dentro del respeto a los derechos constitucionales y a la doctrina del TC, añado yo ahora) las "conciliaciones varias" de la parte trabajadora (personal, familiar, laboral) y las necesidades organizativas y productivas de las empresas.

Pues bien, ha sido el convenio colectivo, suscrito tras la reforma laboral que parece que desea restringir al espacio diario la reducción de la jornada laboral, el que ha permitido que sean las partes quienes decidan esa concreción sin sometimiento a la restricción diaria. Piénsese, insisto, en que este argumento es válido para todos los convenios negociados, como mínimo, con posterioridad al RDL 3/2012 y que hayan mantenido redacción semejante a la ahora objeto de debate, sin que las partes, y señaladamente la empresarial, haya manifestado nada al respecto sobre el mantenimiento de una redacción que no hace referencia a la reducción diaria, tuviera o no in mente durante la negociación la existencia del nuevo marco del art. 37.5 de la LET.

Y esta tesis no es sólo la mía sino también la de la propia AN pero que va más allá y defiende su aplicación "aunque el convenio fuera anterior a la modificación del art. 37.5 del ET", como se recoge de forma detallada en el apartado cinco del fundamento jurídico segundo, en el que se detiene sobre la regulación del sistema de fuentes de la relación jurídico-laboral, y del que me interesa destacar ahora su tesis de que estamos en presencia de una norma que fija condiciones mínimas que no por ser imperativas excluyen la posibilidad de mejora convencional; es decir, estamos en presencia de una norma, el art. 37.5 de la LET que no cierra la puerta a la regulación mejorada de la concreción de la reducción de jornada, no encerrándola única y exclusivamente en el reducido espacio de la jornada de trabajo "diaria".

La tesis que acabo de exponer va de la mano, para justificar la Sala su decisión, con la obligada interpretación de los preceptos convencionales, en este caso el art. 33 del convenio colectivo, "de acuerdo las reglas legales atinentes a la hermenéutica de las normas jurídicas como a aquellas otras que disciplinan la interpretación de los contratos..", y la redacción del art. 33 del convenio no suscita duda algunas respecto a que corresponderá al trabajador la concreción de su jornada ordinaria, una redacción por cierto idéntica a la del primer inciso del art. 37.6 de la LET ("La concreción horaria y la determinación del período de disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de jornada, previstos en los apartados 4 y 5 de este artículo, corresponderán al trabajador, dentro de su jornada ordinaria."). Por ello concluye la Sala, con acierto, que la voluntad de los negociadores del convenio fue "que la concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de jornada corresponderán al trabajador dentro de su jornada ordinaria".

7. Last but no the least, último y no menos importante, y quizás hubiera podido iniciar su argumentación la Sala con estas referencias constitucionales, y no dejarlas para el final, para dotar de mayor consistencia jurídica constitucional a su argumentación, la AN se remite a la doctrina del TC, a la importante sentencia 3/2007 de 15 de enero, y también a la del TS (sentencia 21 de marzo de 2011), sentencias que ponen de manifiesto, y esta debe ser la guía interpretativa de cualquier precepto regulador de derechos de conciliación, que un medida como la contemplada en el art. 37.5 de la ET debe ser valorada como "una medida paliativa de la discriminación indirecta por razón de sexo, y se contempla la integración de los ámbitos de producción y reproducción con un ajuste a la razonabilidad y practicidad de la previsión, evitándose soluciones ajenas a la finalidad de la norma, o interpretaciones en las que, a la postre, se obtenga un resultado contrario a la eficacia de la reducción de la jornada y a la conciliación de los derechos tanto de maternidad, como de familia, como al trabajo".

### *2.4.2. Sobre la prevención de riesgos laborales en el sector bancario, el registro de la jornada diaria y las horas extraordinarias. A propósito de una tesis doctoral y de la sentencia de la AN de 4 de diciembre de 2015.*

1. Es objeto de atención la sentencia dictada por la Sala de lo Socialde la Audiencia Nacional de 4 de diciembre de 2015, de la que fue ponente el magistrado Ricardo Bodas, cuya lectura recomendé en mi última entrada de dicho año a los lectores y lectoras del blog.

En primer lugar, recuerdo cuál fue el resumen oficial de la sentencia: "Pretendiéndose se establezca un sistema de registro de la jornada diaria efectiva que realiza la plantilla, que permita comprobar el adecuado cumplimiento de los horarios pactados, tanto en el convenio sectorial como en los pactos de empresa que sean de aplicación, así como que proceda a dar traslado a la representación legal de los trabajadores de la información sobre las horas extraordinarias realizadas, en cómputo mensual, se desestima la falta de acción, referida a la segunda pretensión, por cuanto se estimó la primera, que despeja cualquier duda sobre la obligación informativa. - Se estima la primera pretensión, porque el registro de jornada diaria, con la entrega consiguiente de los resúmenes diarios de jornada a cada trabajador, es el presupuesto constitutivo para controlar los excesos de jornada, ya que dichos resúmenes no pueden contener las horas extraordinarias realizadas diariamente, que solo concurren cuando se supera la jornada ordinaria en cómputo anual, para lo cual el único medio de comprobación es precisamente el registro diario de jornada, siendo inadmisible negar el cumplimiento de dichas obligaciones, porque no se realizan horas extraordinarias puesto que, si se admitiera dicho criterio, la finalidad del art. 35.5ET, que es asegurar prueba documental sobre las horas extraordinarias a los trabajadores, quedaría totalmente vacía de contenido".

2. El litigio encuentra su origen en la demanda interpuesta el 22 de octubre de 2015 por seis organizaciones sindicales, en procedimiento de conflicto colectivo, cuyo petitum solicitaba que la empresa fuera obligada a establecer un sistema de registro de la jornada efectiva que realiza la plantilla "que permita comprobar el adecuado cumplimiento de los horarios pactados, tanto en el convenio sectorial como en los pactos de empresa que sean de aplicación", y que se procediera a dar traslado a la representación legal de los trabajadores, "de la información sobre las horas extraordinarias realizadas, en cómputo mensual, de acuerdo con lo previsto en el artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores y en la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 1561/1995 (de 21 de septiembre sobre jornadasespeciales de trabajo) y en el artículo 32.5 del Convenio Sectorial de Ahorro". La citada disposición adicional estipula lo siguiente: "Sin perjuicio de las competencias reconocidas a los representantes de los trabajadores en materia de jornada en el Estatuto de los Trabajadores y en el presente Real Decreto, éstos tendrán derecho a:… b) Ser informados mensualmente por el empresario de las horas extraordinarias realizadas por los trabajadores, cualquiera que sea su forma de compensación, recibiendo a tal efecto copia de los resúmenes a que se refiere el apartado 5 del artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores".

La argumentación sindical partía del reconocimiento de un régimen horario "complejo" en la entidad, por la existencia de varios de ellos para sus trabajadores, pero que ello no podía ni debía impedir, como excusa, que la empresa cumpliera con las obligaciones legales de registro diario de la jornada de cada trabajador y de la información mensualmente debida a la representación del personal del total de horas extras realizadas. La parte empresarial se opuso a la demanda, puso de manifiesto la existencia de "múltiples horarios", algunos de ellos pactados con la representación del personal en la empresa, y que todos ellos tiene cobertura convencional, aceptó que no existía un registro de jornada pero que en cualquier caso sí era conocida toda incidencia que afectara a la "jornada ordinaria" de un trabajador, ya que los trabajadores "están obligados a registrar en la intranet de la empresa cualquier circunstancia que les impida realizar su jornada ordinaria", enfatizando que presume el cumplimiento de la jornada laboral ordinaria por parte de sus trabajadores y que, como he dicho, si hay incidencias son debidamente registradas, afirmando que no existe una obligación legal o convencional de disponer de un sistema de control horario, acudiendo en defensa de su tesis obviamente no al art. 35.5 sino al art. 20.3 de la LET ("El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad"), es decir al carácter potestativo de medidas a adoptar por el empleador para controlar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por sus trabajadores.

En fin, un eje central del debate es saber si se realizan o no horas extras, y cómo se puede conocer ello, siendo a juicio de los demandantes disponer del registro de jornada diaria, mientras que por la demandada, además de la tesis ya expuesta del carácter potestativo de las medidas de control

(cuestión interesante ciertamente es saber si el registro de jornada es una medida de control o una obligación legalmente impuesta con el objetivo de velar por el cumplimiento de la normativa laboral o convencional sobre horas extras) se afirmó tajantemente algo que es muy escuchado en todos los debates que hay sobre la misma temática en el conjunto del sector bancario por parte empresarial: no se realizan horas extras, y en apoyo de esta tesis se sostuvo que era "revelador" que no existiera ninguna demanda al respecto y que "las múltiples denuncias a la Inspección de Trabajo hayan concluido sin levantamiento de actas de infracción".

3. De los hechos probados de la sentencia cabe destacar la referencia a la vinculación de Bankia al convenio colectivo de cajas de ahorro vigente para el período 2011-2014, actualmente en situación de ultraactividad mientras se sigue negociando (y no van por muy buen camino las negociaciones si nos hemos de atener a las manifestaciones de las organizaciones sindicales) el nuevo acuerdo. Igualmente, que a la petición de UGT de implantar un sistema de registro de jornada la empresa respondió que ya existía "un control de ausencia" (explicado con anterioridad). Queda igualmente constancia de la actuación inspectora en las provincias de Granada y Sevilla en centros de trabajo de la entidad, y en ambos casos se constató la inexistencia de registro de jornada, requiriéndose a la empresa para su puesta en marcha por cuanto, en ambos casos, tal inexistencia, "impidió constatar si se producían o no prolongaciones de jornada en la empresa demandada". En fin, quedó igualmente probado, tal como afirmaba la parte demandante, que la empresa no facilita información mensual sobre horas extraordinarias, "por cuanto no existen resúmenes de horas extraordinarias en la misma".

4. En suma, hay dos cuestiones perfectamente delimitadas en el conflicto laboral instado ante la AN, que al mismo tiempo están estrechamente interrelacionadas porque la segunda depende de la primera: ¿tiene o no que haber un registro diario de jornada? ¿Hay obligación de informar a los representantes de los trabajadores sobre las horas extraordinarias mensualmente realizadas, y si es así como puede saberse o conocerse que se han llevado a cabo tales horas durante la prolongación de jornada?

No hay que negar que la defensa letrada de la parte empresarial iba bien pertrechada de sentencias tanto del TS como de la propia AN y de TSJ que supuestamente avalaban la tesis de la demanda. Por ello, la Sala procede a un análisis de cada una de ellas, en concreto de las sentencia del TS de 11 de diciembre de 2003, de la dictada por la propia AN el 12 de julio de 2005, la del TS de 25 de abril de 2006, por un parte, y la dictada por el TSJ de Cataluña el 24 de octubre de 2002 (obsérvese, dicho sea incidentalmente la lejanía en el tiempo de las sentencias aportadas, dato que podría no ser relevante para otros litigios jurídicos pero sí que creo que lo es, y mucho, en casos en los que las posibilidades ofrecidas por los avances tecnológicos han ampliado considerablemente la posibilidad de disponer de toda la información necesaria sobre la vida laboral de cada trabajador, incluyendo justamente la de conocer cuál es su jornada laboral diaria).

La Sala constata que la primera sentencia citada no aborda la problemática del registro diario de jornada, sino el cumplimiento de lo dispuesto en la disposición adicional tercera del RD 1561/1995, en los mismos términos que lo hace la segunda y la tercera mencionada, que en ningún caso ponen en duda la obligatoriedad de facilitar la información siempre y cuando quede constancia de la realización de horas extraordinarias en el período mensual de referencia. Sí aborda si es obligatorio o no el registro diario de jornada la sentencia del TSJ de Cataluña, concluyendo en la no obligatoriedad. Para la Sala catalana la redacción del art. 35.5 de la LET "no implica que la jornada de cualquier trabajador deba registrarse día a día, con independencia de que realice o no horas extraordinarias y que necesariamente deba entregarse copia del resumen en la nómina correspondiente, pues tal registro y resumen no tienen sentido cuando no se efectúan horas extraordinarias, excediendo la interpretación que pretende el Comité de Empresa de los propios términos del artículo 35.5 con la imposición a la empresa de una obligación de carácter general que el precepto no recoge".

Por consiguiente, no hay jurisprudencia del TS sobre la primera, y principal, cuestión debatida, esto es la obligación del registro diario de jornada. El debate adquiere en algún momento, o así me lo parece, un tinte algo surrealista, porque, de seguir la tesis de la sentencia del TSJ de Cataluña y de la demandada, sólo será exigible el registro si se realizan horas extras, pero como no queda constancia de

que se hayan hecho tales horas extras no puede exigirse el registro. Y entonces, me pregunto yo y obviamente también lo hace la Sala, ¿cómo puede saberse si se han realizado horas extraordinarias? O por decirlo en términos más estrictamente jurídicos, y así lo plantea la Sala en el fundamento de derecho tercero "la resolución del litigio exige despejar si el presupuesto constitutivo, para el control efectivo de las horas extraordinarias, es la existencia previa del registro diario de jornada, regulado en el art. 35.5 ET, o si dicho registro será únicamente exigible cuando se realicen horas extraordinarias, como defiende la STSJ Cataluña…".

A partir de aquí la Sala se adentra en un análisis de índole doctrinal, ciertamente con apoyo en sentencias del TS, que ha de llevarle a una conclusión favorable a la aceptación de la dos peticiones planteadas en la demanda; es decir, por una parte se condena a Bankia "a establecer un sistema de registro de la jornada diaria efectiva que realiza la plantilla, que permita comprobar el adecuado cumplimiento de los horarios pactados, tanto en el convenio sectorial como en los pactos de empresa que sean de aplicación", y por otra que proceda a dar traslado a la representación legal de los trabajadores "de la información sobre las horas extraordinarias realizadas, en cómputo mensual, de acuerdo con lo previsto en el artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores y en la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 1561/1995 y en el artículo 32.5del Convenio Sectorial de Ahorro", en el bien entendido que ese derecho de información se proyecta hacia el futuro y no puede proyectarse hacia el pasado por cuanto la empresa "no registraba la jornada diaria, ni entregaba resúmenes a los trabajadores".

En apretada síntesis la Sala constata que el art. 35.5 LET tiene por finalidad que el trabajador conozca cuál ha sido la jornada de trabajo que ha realizado en un día determinado, para en su caso poder demostrar, si fuere necesario, que ha realizado horas extraordinarias, con lo que ello supondrá probablemente de incremento de la retribución. Por tanto, y como afirma correctamente la Sala, "queda claro… que en el resumen no se contiene el número de horas extraordinarias realizado diariamente, sino la jornada realizada diariamente". Si no se dispone de un registro diario de jornada es materialmente imposible, y así se constató por la ITSS en las visitas antes referenciadas a los centros de trabajo de Granada y Sevilla, saber si un trabajador ha realizado o no horas extraordinarias. Lo afirma con contundencia la AN en esta frase: "…si el registro diario de la jornada solo fuera obligatorio cuando se realicen horas extraordinarias, provocaríamos un círculo vicioso, que vaciaría de contenido la institución y sus fines, puesto que el presupuesto, para que las horas extraordinarias tengan dicha consideración, es que se realicen sobre la duración máxima de la jornada de trabajo…".

No obsta a tal obligación la complejidad horaria en la empresa (algo por lo demás no inhabitual en empresas del sector servicios) ni el hecho de que una parte de la jornada pueda llevarse a cabo fuera del centro de trabajo, dado el interés no sólo de la empresa sino también del trabajador en conocer exactamente cuál ha sido su jornada, es decir a que su tiempo de trabajo sea "transparente", "… evitando desbordamientos de la jornada pactada, que nunca podrían acreditarse". Que Bankia controla de una u otra forma la jornada de sus trabajadores se acredita por sus propias manifestaciones de la obligación de cada trabajador de registrar un parte de incidencia en la intranet cuando se produce una alteración de aquella, y de ahí que no pueda aceptarse la tesis de la demandada de haber renunciado al control de la jornada de sus trabajadores.

Para concluir su cuidada y rigurosa argumentación, la Sala "llama al orden", permítanme la expresión, a una empresa muy importante y que dispone de todo el potencial tecnológico para que el cumplimiento de la obligación establecida en el art. 35.5 de la LET no le resulte especialmente complicado o gravoso, calificando de "sorprendente" que aún no hubiera cumplimentado tal obligación "a estas alturas del siglo XXI", e insiste, y por reiterar que no quede, en su acertada tesis de que "el registro diario de jornada, que no de horas extraordinarias, es el requisito constitutivo para controlar los excesos de jornada y su negación coloca a los trabajadores en situación de indefensión, que no puede atemperarse, porque las horas extraordinarias sean voluntarias, puesto que el único medio de acreditarlas es precisamente el control diario de la jornada, cuya actualización ya no dejará dudas sobre si se hacen o no horas extraordinarias y si su realización es voluntaria".

### *2.4.3. Llegan las vacaciones, llegan las sentencias del Tribunal Supremo (con votos particulares concurrentes en el fondo y discrepantes en como se ha llegado al mismo) ...y nuevamente del TJUE. A propósito de dos sentencias del TS de 8 de junio y de la sentencia del TJUE de 30 de junio.*

1. El jueves 16 de junio el gabinete de comunicación del Poder Judicial publicó una nota de prensa con el título "El Supremo establece que la retribución por vacaciones debeincluir todos los conceptos retributivos ordinarios", y el subtítulo "Solo cabe excluir los extraordinarios o que supongan doble pago". Se adjuntaba la nota de prensa

de la Sala de lo Social, en la que podía leerse que "El Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha dictado dos sentencias sobre la retribución aplicable al período de vacaciones, a la vista de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en sus sentencias de 22 de mayo 2014 en el asunto C-139/12 "Lock" y de 12 de junio de 2014, en el asunto c-118/13 "Bollacke". La Sala, rectificando anterior doctrina, considera que la retribución normal o media que ha de ser abonada a los trabajadores durante su período de descanso anual y que debe fijar la negociación colectiva en cada caso, según la normativa contenida en el artículo 7.1 del Convenio 132 OIT y en el artículo 7 de la Directiva 2003/88, ha de atender no obstante a la finalidad de descanso efectivo que tienen las vacaciones retribuidas y no puede disuadir o desincentivar su disfrute. Mientras duren las vacaciones anuales debe mantenerse la retribución del trabajador, que debe continuar percibiendo la retribución ordinaria…".

La noticia de las sentencias dictadas por el TS, ambas de fecha 8 de junio y de las que fueron ponentes los magistrados Luis Fernando de Castro (Rec. 207/2015) y José Luís Gilolmo (Rec. 112/2015) mereció una amplia acogida en los medios de comunicación y en las redes sociales.

2. Desde que las sentencias fueron publicadas, con rapidez digna de elogio, en la base de datos del CENDOJ, han sido ya varios los comentarios y análisis que se han efectuado sobre las mismas en las redes sociales y revistas jurídicas, lo que permite a todas las personas interesadas en la materia tener un excelente conocimiento de los litigios planteados y de las respuestas del TS.

Cabe indicar primeramente que en el caso "Telefónica móviles", la Sala estima parcialmente el recurso interpuesto por la parte empresarial contra la sentencia dictada por la Sala delo Social de la AN el 20 de marzo de 2015, de la que fue ponente el magistrado Pablo Aramendi, "revocando la pretensión relativa al concepto de «bonus» regulado en el art. 38 de referido Convenio, y confirmando el derecho de los trabajadores afectados por el presente Conflicto Colectivo a percibir durante sus vacaciones los complementos previstos en los artículos 39 [Carrera Comercial] y 40 [Disponibilidad] del IV Convenio Colectivo , en su remuneración media anual, acogiendo en este punto la pretensión de los Sindicatos «COMISIONES OBRERAS» y «UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES», a la que se adhirió la «CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO".

En el litigio que afectó a la "Asociación de Contact Center Española", desestimó íntegramente el recurso empresarial contra la sentencia dictada por la AN el 11 de diciembre de2014, de la que también fue ponente el magistrado Pablo Aramendi, que estimó las demandas acumuladas formuladas por los sindicatos CGT y CCOO, a la que se adhirieron los sindicatos UGT y CIG, y declaró "el derecho de los trabajadores del sector de contact center a los que resulta de aplicación el convenio colectivo de ámbito estatal del sector (BOE de 27-7-2012) a incluir dentro de su retribución de vacaciones todos los complementos que han venido recibiendo habitualmente en el desempeño de su puesto de trabajo, especialmente comisiones por ventas e incentivos a la producción, condenando a la demandada ASOCIACIÓN DE CONTACT CENTER ESPAÑOLA a estar y pasar por tal declaración a todos los efectos".

Ahora bien, si ciertamente lo más importante de ambas sentencias para las personas y empresas afectadas es el reconocimiento de derecho de los trabajadores a percibir cantidades no abonadas por sus empresas, desde la reflexión y análisis jurídico de más largo alcance es el debate suscitado sobre la aplicación, y en qué términos, del Derecho de la Unión Europea, ya que el TS acoge casi en su integridad las tesis de la AN pero con una fundamentación distinta, o más exactamente contraria, sobre justamente cómo debe aplicarse el derecho comunitario a la luz de la jurisprudencia del TJUE.

El debate no es precisamente de poca importancia, y no me parece que la mayoría de la Sala haya deseado que se centre únicamente en los dos casos concretos enjuiciados, sino que ha pretendido, insisto que siempre a mi parecer, sentar doctrina para casos posteriores, y no sólo ni mucho menos en materia de vacaciones, así como "encauzar" cómo deben aplicar el derecho europeo los órganos jurisdiccionales sociales. Por ello no es de extrañar que una sentencia, supongo que la deliberada en primer lugar, la que afecta a "Telefónica Móviles", cuente con dos importantes votos particulares concurrentes, firmados por tres magistrados cada uno de ellos, que comparten el fallo pero que divergen sustancial y radicalmente de la argumentación jurídica de la mayoría. En un caso, por considerar que no era necesario acudir al derecho europeo e internacional para resolver el caso sino que podía hacerse "mediante la interpretación y aplicación del propio convenio colectivo, sin poner en cuestión la adecuación del Derecho de la Unión Europea (voto de la magistrada Lourdes Arastey al que se adhiere la magistrada Mª Luisa Segoviano y el magistrado Sebastián Moralo); en otro, por entender, en la misma línea que la doctrina sentada en las sentencias de la AN, que "A tenor de lo que expone el TJUE, es claro, en mi opinión, que si el artículo 31.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, reconoce a todo trabajador el derecho a un período de vacaciones anuales retribuidas, y en su condición de principio de Derecho Social de la Unión, tiene el mismo valor jurídico que los Tratados, el artículo 7 de la Directiva2003/88/CE sobre Ordenación del tiempo de trabajo, que reconoce ya dicho derecho, y por ende la jurisprudencia del TJUE que lo interpreta, puede ser invocada -contrariamente a lo que sostiene la posición mayoritaria- en un litigio entre particulares como el asunto principal para garantizar el pleno efecto del derecho a vacaciones anuales retribuidas y dejar inaplicada, en su caso, toda disposición nacional contraria" (voto del magistrado Jordi Agustí, al que se adhieren la magistrada Rosa Virolés y el magistrado Fernando Salinas).

### 2.5. Despido individual objetivo consecuencia de un previo despido colectivo.

#### *2.5.1. Sobre el contenido de la carta de un despido individual por causas objetivas derivado de un procedimiento de despido colectivo. La necesaria concreción detallada de la causa. Nota a la importante sentencia del TS de 12 de mayo.*

1. ¿Cuál es el contenido mínimo de una carta de despido por causas objetivas? Esta es la pregunta que se hace la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su importante sentencia deunificación de doctrina de 12 de mayo, de la que fue ponente el magistrado Fernando Salinas, para dar debida respuesta al recurso de suplicación interpuesto por una trabajadora despedida como consecuencia de un procedimiento de despido colectivo instado previamente por la empresa.

La Sala se formula dicha cuestión a fin y efecto de "poder delimitar el ámbito del proceso de despido y evitar la indefensión del despedido", y la pregunta más concreta que se hace, ante la argumentación de la parte recurrente y todos los datos contenidos en la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superiorde Justicia de Castilla-La Mancha de 9 de enero de 2014,que desestimó el recurso y confirmó la dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Cuenca de 8 de mayo de 2013, es "si es o no suficiente a tales fines la referencia general a la situación económica y/o productiva empresarial sin adición de posibles datos adjuntos complementando lo anterior".

Ya adelanto que la Sala estima parcialmente el RCUD y declara la improcedencia del despido de la trabajadora, en contra de la tesis del Ministerio Fiscal que se pronunció en su preceptivo informe por la improcedencia del recurso. El resumen oficial de la sentencia es el siguiente: "Despido objetivo.- Contenido mínimo carta despido: interpretación art. 53.1.a) ET ("Comunicación escrita al trabajador expresando la causa") en relación con arts. 124.13.a), 120, 122.3 y 105 (corresponderá al demandado "la carga de probar la veracidad de los hechos imputados en la carta de despido como justificativos del mismo" y "no se le admitirán en el juicio otros motivos de oposición a la demanda que los contenidos en la comunicación escrita de dicho despido") LRJS.- Insuficiencia comunicación escrita despido: despido colectivo no impugnado ex art. 124.1 a 12 LRJS: no contiene dato alguno sobre situación económica o productiva empresarial que genera despido ni documentación acompañatoria, remitiéndose al acta con acuerdo alcanzado con representación trabajadores al finalizar periodo consultas en despido colectivo que no contiene referencia alguna a las causas".

2. ¿Cuál es el interés de esta sentencia a los efectos de los comentarios que vengo realizando desde mediados de 2012 sobre los procedimientos de despidos colectivos instados desde la entrada en vigor de la reforma laboral aprobada por el RDL 3/2012 y continuada por la Ley 3/2012? Se trata de poner en relación el texto del acuerdo alcanzado en el período de consultas con el contenido de la carta, y valorar si se cumplen o no los requisitos previstos en el art. 53.1 de la LET ("a) Comunicación escrita al trabajador expresando la causa"), arts. 120 a 123 de la LRJS, y art. 124.13 de la misma norma ("El trabajador individualmente afectado por el despido podrá impugnar el mismo a través del procedimiento previsto en los artículos 120 a 123 de esta ley, con las especialidades que a continuación se señalan…").

3. ¿Qué interesa destacar de los hechos probados de la sentencia de JS que son recogidos en la de instancia? La referencia al despido de la trabajadora como consecuencia del acuerdo alcanzado entre la empresa y la representación de los trabajadores en el procedimiento de despido colectivo instado por aquella "de acuerdo a lo expuesto en el acta de la reunión final", o lo que es lo mismo que el contenido de la carta de despido "… coincide, en el caso de la trabajadora demandante, con el contenido del acuerdo alcanzado por la empresa y los representantes de los trabajadores".

La sentencia de contraste aportada por la recurrente es la dictada por el TSJ de Castilla y León de 5 de julio de 2012, en la que la Sala concluye que el contenido de la carta, reproducida en el fundamento de derecho primero de la sentencia del TS, incurre en un defecto de "generalidad evidente" que impide conocer realmente al trabajador afectado la causa de la extinción contractual. Para la Sala existe la contradicción requerida por el art. 219.1 de la LRJS, por tratarse de dos supuestos sustancialmente idénticos y a los que las Salas de los TSJ dan diferente respuesta. Además, y este es un punto que me interesa destacar, el TS señala con acierto que "incluso si el despido individual deriva de un despido colectivo (Nota ERT: como ocurre en este caso) no existe tampoco norma alguna especial sobre el contenido de dicha carta de despido, como se deduce claramente del art. 124.13 LRJS……".

4. El RCUD alega infracción del art. 53.1 de la LET, y por ello la Sala procede a un amplio estudio, casi un artículo doctrinal, sobre tal precepto y los requisitos que deben cumplirse para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva del trabajador despedido. A tal efecto, se procede al examen de los requisitos de forma y los efectos que provoca su incumplimiento; a continuación, a la carga de la prueba de los hechos del despido; en fin, se recuerda que en los despidos colectivos, y los individuales derivados de la decisión empresarial, el empresario deberá acreditar la causa o causas alegadas, incluso aunque haya acuerdo en el período de consultas, ya que la presunción de la existencia de las causas sólo se predica de los acuerdos alcanzados en los procedimientos de modificación sustancial de condiciones de trabajo regulados en el art. 41 de la LET.

La Sala procede a continuación al examen de su copiosa jurisprudencia sobre cómo debe interpretarse el art. 53.1 de la LET en punto al cumplimiento de los requisitos previstos en el mismo, es decir "el contenido mínimo de la comunicación escrita del despido y la trascendencia de su exigencia", debiéndose proporcionar en todo caso al trabajador "un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos que se le imputan", al objeto de que pueda "impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de prueba que juzgue convenientes…".

Yendo a casos semejantes como el actual, en los que las decisiones individuales de extinción derivaban de decisiones empresariales en procedimientos de despidos colectivos, la Sala pone el acento en la necesidad de que el texto del acuerdo final, o de la decisión empresarial, fuera suficientemente claro y permitiera "integrar" el contenido de la carta, y además valora como elemento a favor de la conformidad a derecho de la decisión empresarial el que el acuerdo se adoptara por una muy amplia mayoría de los representantes de la parte trabajadora en la comisión negociadora.

En suma, y en esta, repito, sentencia doctrinal en gran parte de su contenido, la Sala enfatiza que la importancia de conocer debidamente la causa del despido por razones objetivas "estriba en la finalidad de evitar la indefensión del trabajador despedido que debe conocer de forma suficiente la *causa* del acuerdo empresarial de extinción para poder actuar en condiciones de igualdad en el proceso (arts. 9.2, 14 y 24.1 Constitución –CE)".

5. Es en el fundamento jurídico quinto cuando la Sala traslada el muy amplio análisis doctrinal-jurisprudencial anterior al caso concreto, para dar la razón a la recurrente por considerar que no se cumple lo previsto en el art. 53.1 de la LET, la explicación de la causa, "aplicable también a los despidos individuales derivados de un despido colectivo por imperativo del art. 124.11 LRJS".

La Sala alcanza esta conclusión tras proceder al examen del texto del acuerdo alcanzado en el período de consultas que, por otra parte, ni se transcribía ni acompañaba a la carta ya que esta comunicaba la extinción "de acuerdo con lo dispuesto en el acta de la reunión final con acuerdo entre la representación de la empresa y los trabajadores realizada el pasado día 22 de octubre de 2012". Para la Sala, además, el contenido del texto del acuerdo, al que no se acompañaba documentación alguna, era tan genérico "que serviría para cualquier despido económico o productivo", como lo acreditan estos párrafos recogidos en el primer párrafo del fundamento jurídico quinto: "Que estudiado el expediente por los representantes de los trabajadores y analizadas las causas expuestas por la empresa causantes del mismo, se ha llegado a la conclusión del acuerdo siguiente: ...", y que " los motivos de esta decisión residen en que la Empresa se encuentra en una situación muy difícil y complicada, tanto económica como productiva. A tal punto que, nos obliga a amortizar su puesto de trabajo pasando sus funciones a ser desempeñadas por el resto de trabajadores de la empresa, ya que de no ser así, no se podría garantizar la futura viabilidad de la misma, tal como se indica y prueba en la documentación correspondiente al Expediente de Regulación de Empleo presentado".

Las argumentaciones recogidas en las manifestaciones de la parte recurrida, que quedan plasmadas en la sentencia del JS y en la del TSJ, sobre los problemas económicos de la empresa, los expedientes de regulación de empleo anteriores, o la "evidencia" de la falta de carga de trabajo, no son en modo alguno suficientes para justificar la decisión empresarial, en cuanto que en la carta de despido "no se sintetizaron los datos mínimos esenciales" ni se unieron a la misma para formar un todo común a efectos de poder acreditar la concurrencia de la causa, "los documentos más trascedentes".

A modo de conclusión, la afirmación más trascendente de la Sala, a los efectos tanto prácticos para el caso ahora resuelto como a efectos doctrinales-jurisprudenciales para posteriores litigios de los que pueda conocer es la de que "una cosa es determinar el contenido formalmente mínimo que debe contener una carta de despido por circunstancias objetivas para poder delimitar el ámbito del proceso de despido y evitar la indefensión del despedido y otra, totalmente distinta, es la de valorar las circunstancias concurrentes para concluir sobre la posible existencia y trascendencia de las causas objetivas alegadas para proceder a la extinción contractual".

### *2.5.2. Despido objetivo. Acreditada la causa económica, la empresa puede seleccionar al trabajador a despedir. Nota crítica a la sentencia del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2015, con votos particulares discrepantes.*

1. Es objeto de anotación en esta entrada la sentencia dictada por el Pleno de la Sala de loSocial del Tribunal Supremo el 24 de noviembre de 2015, de la que fue ponente el magistrado Ángel Blasco y que cuenta con el voto particular del magistrado Luis Fernando de Castro, ponente inicial de la sentencia, y del suscrito conjuntamente por dos magistrados y dos magistradas, Fernando Salinas, Jordi Agustí. Rosa Virolés y Mª Luisa Segoviano, que también se adhieren "plenamente" al primer voto particular, y que afirman, con contundencia que exime por mi parte en este momento de cualquier comentario adicional, que "a) La doctrina que se sienta en la sentencia mayoritaria supone un muy importarte retroceso en las facultades de control judicial de los despidos individuales o plurales fundados en " causas económicas, técnicas, organizativas o de producción " ( art. 52.c ET ); con olvido de la propia jurisprudencia de esta Sala, de los convenios y tratados internacionales suscritos por España (arts. 4 y 9 Convenio nº 158 OIT – rechazamos también la singular y restrictiva interpretación que de dichos preceptos se efectúa en la sentencia mayoritaria --, arts. 10.2 y 96.1 CE) e incluso de la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional que salva los puntos más conflictivos de la reforma laboral ex Ley 3/2012, de 6 de julio pero siempre que exista la posibilidad de un control judicial pleno sobre las decisiones empresariales (art. 5.1 LOPJ, STC 8/2015 de 22 de enero)".

Que el asunto fue de debate muy complejo en la Sala parece demostrarlo que el día inicial señalado para votación y fallo de la sentencia era el 2 de julio de 2015, y "dada la trascendencia y complejidad

del asunto, se acordó que la deliberación, votación y fallo del mismo se hiciera por la Sala en Pleno", fijándose para ello la fecha de 23 de septiembre, con nueva suspensión hasta el 18 de noviembre y con nombramiento en dicha reunión de nuevo ponente de la sentencia al haber quedado en minoría el ponente inicial y anunciar voto particular (vid. Antecedente de hecho quinto)

2. Estamos en presencia de una sentencia que resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra la sentencia dictada en recurso desuplicación por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia deAsturias el 7 de marzo de 2014, desestimatoria del recurso interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Oviedo de 6 de septiembre de 2013 que desestimó la demanda por despido interpuesta por un trabajador. La parte recurrente aporta como sentencia de contraste, para dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social ("El recurso tendrá por objeto la unificación de doctrina con ocasión de sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, que fueran contradictorias entre sí, con la de otra u otras Salas de los referidos Tribunales Superiores o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos"), la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ del PaísVasco de 17 de diciembre de 2013. El resumen oficial de la sentencia del TS es el siguiente: "Despido por causas objetivas. Contenido de la carta de despido: la expresión causas no comporta razonamiento sobre la elección del concreto trabajador afectado. Acreditada la causa económica, la elección del puesto de trabajo a extinguir corresponde al empresario y su decisión, que debe enmarcarse en el ámbito de afectación del despido, solo será revisable por los órganos judiciales cuando resulte apreciable fraude de ley o abuso de derecho o cuando la selección se realice por móviles discriminatorios. Voto Particular".

3. El litigio del que ha conocido el TS encuentra su origen en el despido de un trabajador, con la categoría profesional de comercial y antigüedad de 4 de octubre de 2010, de la empresa King Regal SA. Dicha extinción, comunicada el 1 de julio de 2013, se debió a causas objetivas y se llevó a cabo al amparo de lo dispuesto en el art. 52 c) de la Ley del Estatuto de los trabajadores ("Cuando concurra alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 y la extinción afecte a un número inferior al establecido en el mismo"). El texto íntegro de la muy extensa carta de despido se recoge íntegramente en el antecedente de hecho segundo de la resolución del alto tribunal, que transcribe los hechos probados de instancia.

Del escrito empresarial, y al objeto de mi comentario, interesa destacar en primer lugar que la empresa alega la existencia de causas económicas, muy detalladas, y que sintetiza en la frase "… la concurrencia de resultados de negativos del ejercicio, es decir pérdidas, indicadores de la necesidad de acometer medidas que atenúen el agravamiento de la actual situación económica negativa".

En segundo término, y este el asunto jurídico que centrará la atención del TS, tras afirmarse en el escrito, como consecuencia de la difícil situación económica, que la empresa debe acometer un ajuste de plantilla, se manifiesta, supongo que para tratar de fundamentar debidamente desde el plano jurídico la decisión concreta de despedir a un determinado trabajador, que el art. 52 c) de la LET "… se refiere a amortizaciones orgánicas, esto es, las relativas a un puesto de trabajo de la plantilla u organigrama de la organización, y no a amortizaciones funcionales, es decir, las concernientes a las concretas tareas o trabajos que se desarrollan en los referidos puestos de trabajo", y a partir de este razonamiento se concluye que "Así, y en relación con la concreta elección de su puesto de trabajo, la doctrina de nuestros Tribunales determina que cuando una Empresa adopta la decisión de extinguir uno o varios puestos de trabajo por concurrir las causas a que las que se refiere el precitado artículo 52.c) del E.T ., como es el caso que nos ocupa, corresponde al Empresario la elección del concreto puesto a extinguir como una manifestación de sus facultades de dirección y organización de la actividad". En síntesis menos técnica, si me permiten la expresión: la tesis de la empresa, con apoyo que dice encuentra en jurisprudencia y doctrina judicial, es que si hay una causa económica la empresa seleccionará libremente, en el ejercicio de su poder de dirección, al trabajador o trabajadores que deban ser despedidos vía extinción objetiva del art. 52 c) de la LET.

En los fundamentos de derecho de la sentencia del TS se centra con prontitud la cuestión a debate. Estamos en presencia de un litigio en el que tanto en el Juzgado de lo Social como en el TSJ asturiano se consideró ajustada a derecho la decisión empresarial de despido objetivo al cumplirse tanto los requisitos formales del art. 53 de la LET como los requisitos de fondo, es decir tras acreditarse "la concurrencia y suficiencia de las causas económicas alegadas en la comunicación extintiva". Recordemos aquí que el art. 52 c) se remite al art. 51 de la LET, regulador de los despidos colectivos, en el que se conceptúan las causas económicas "cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior". No está de más ya señalar también, porque surgirá con fuerza en el debate jurídico posterior, que el art. 51.2 dispone que en la comunicación dirigida por la empresa a la representación trabajadora para iniciar la tramitación del procedimiento de despido colectivo deberá constar, entre otros requisitos, "e) Criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos".

En el RCUD interpuesto se aporta como sentencia de contraste, como ya he indicado, la dictada por el TSJ vasco de 17 de diciembre de 2013. Existe la contradicción requerida por la LRJS, dado que se trata también de un despido por causas objetivas, realizado por la misma empresa sobre un trabajador "del mismo grupo profesional que el recurrente", con causas idénticas y con una dicción muy similar de la carta de despido. En instancia, la demanda fue desestimada, y en suplicación el TSJ vasco estimó el recurso y declaró la improcedencia del despido. Es decir, hay dos sentencias que resuelven litigios derivados de dos despidos efectuados por una misma empresa a dos de sus trabajadores que desempeñaban semejantes funciones, y en ambas extinciones se alegan las mismas causas económicas, siendo así que un TSJ, el asturiano, valida la decisión empresarial, mientras que otro TSJ, el vasco, la considera no ajustada a derecho.

4. El núcleo duro del conflicto del que debe resolver la Sala no se centra pues en la existencia de causas económicas, ya que no se han cuestionado en ninguna de las dos sentencias, sino en el criterio de selección del trabajador afectado por el despido, o por decirlo con las propias palabras de la sentencia del TS: mientras que la sentencia recurrida "2) entiende que dicha carta de despido es correcta puesto que la ley no exige ni requiere que en la comunicación escrita se especifiquen los motivos que justifican la elección del concreto trabajador despedido", la de contraste "2) Entiende que la carta de despido debe incluir la conexión de relación o eficacia de la situación manifestada y acreditada por la empresa con la extinción o resolución del contrato de trabajo del despedido".

Consecuencia de lo anterior, y así lo explica también muy correctamente la sentencia del TS, es que la sentencia recurrida pone el acento en el juicio de razonabilidad de la medida extintiva con carácter general, mientras que la de contraste requiere un control específico de adecuación de la medida para justificar "la necesidad de suprimir la actividad del despedido", y de ahí que las resoluciones judiciales difieran en sus fallos sobre la conformidad o no a derecho de la decisión empresarial (afirmativa en la sentencia recurrida, negativa en la de contraste).

No hay por consiguiente, afirma la sentencia y sin que haya cuestionamiento alguno de esta afirmación en los votos particulares, contradicción a resolver sobre "el genérico alcance de control judicial de los despidos", trayendo a colación tanto la doctrina del Tribunal Constitucional en su (segunda) sentencia de validación de la reforma laboral de 2012, núm. 8/2015 de 22 de enero, en cuanto a la existencia de un control de razonabilidad pleno y efectivo sobre la medida extintiva, como la del propio TS respecto a la necesaria entidad de la causa alegada para justificar el despido, con cita de la de 26 de marzo de 2014, caso TeleMadrid,habiendo dicho en el comentario la de la misma lo siguiente: "En estrecha relación con todo lo anterior (en realidad creo que hay una cierta redundancia en algunos fragmentos de la respuesta de la Sala, aunque nunca será rechazada toda aquella repetición que provoque el reforzamiento de los derechos de las personas trabajadoras) la Sala se plantea la posibilidad de ejercer el control judicial sobre la medida adoptada y responde de manera afirmativa con remisión (amplia) a lo dispuesto en su sentencia de 27 de enero de 2014, para concluir que sin cuestionar la libertad de empresa o de gestión empresarial para adoptar las decisiones que estime más convenientes y mejores

para la empresa, las causas alegadas además de ser 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", para concluir que "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".

¿Dónde está la contradicción que debe resolver el TS? También se delimita con mucha claridad en el último párrafo del fundamento de derecho segundo, en cuanto que hay que determinar si la empresa "viene obligada a manifestar, acreditar y probar la necesidad de que la medida extintiva afecte directamente al trabajador concretamente despedido". ¿Debe guardar la decisión de la empresa relación directa con el puesto de trabajo del trabajador despedido o puede referirse genéricamente a la situación económica negativa que obliga a un ajuste de plantilla? Reproduzco por su interés un fragmento de este párrafo: se trata de determinar "si el alcance del innegable juicio de razonabilidad que compete al órgano jurisdiccional debe extenderse al análisis y comprobación de la conexión entre la causa acreditada y la concreta elección del trabajador despedido de suerte que para la sentencia de contraste "al empleador se le requiere no sólo acreditar la causa o existencia de una situación económica, sino establecer el efecto sobre los contratos de trabajo en la medida en que ello ha provocado la necesidad de amortizar unos específicos puestos y, además, y esto es lo relevante, mostrar la adecuación de las medidas extintivas para responder a la necesidad" añadiendo que "si bien la empresa puede elegir, efectivamente si así lo manifiesta en la comunicación del despido, el puesto o contrato a extinguir, ello no le exime de justificar su medida". Para la sentencia recurrida, la empresa debe acreditar (y consecuentemente el órgano judicial debe controlar) que "las causas económicas alegadas existen, que tienen entidad suficiente para justificar una reestructuración de los objetivos y de los recursos productivos en la empresa, que no son, por tanto, un pretexto o excusa para despedir, y que la supresión o amortización de puestos de trabajo es una medida apropiada (o una de las apropiadas) para hacerles frente".

5. Se trata, pues, de saber si hay una relación entre la causa del despido y la extinción del concreto puesto de trabajo, y para quien sostiene tal tesis la decisión empresarial ahora cuestionada debería ser declarada no conforme a derecho porque la empresa, ni en el escrito de extinción, ni tampoco en el acto del juicio, formuló manifestación alguna ni trató de demostrar que conexión funcional existía entre ambas. Centrado, delimitados, los términos del debate, el fundamento de derecho tercero va a dar respuesta a la cuestión controvertida, resolviéndola con aceptación de la tesis de la sentencia recurrida del TSJ asturiano "porque la resolución combatida se atiene a la doctrina tradicional de esta Sala y resulta congruente y ajustada a los términos de la normativa vigente". Ya veremos con posterioridad como esta tesis es radicalmente rechazada en los votos particulares emitidos.

Para fundamentar su tesis, la Sala parte de un presupuesto que, a mi parecer, valida en gran parte, aunque no se manifieste en estos términos, la orientación del legislador de la reforma laboral de 2012 y plasmada en la tantas veces criticada exposición de motivos, orientación por cierto rechazada por el propio TS en muchas de sus anteriores sentencias dictadas en PDC tras dicha reforma; es la parte empresarial la que decide, una vez acreditada la existencia de las causas (en este caso económicas) qué contratos son los que han de ser extinguidos "para conseguir la mejor optimización de los recursos humanos en la empresa" (nuevamente, dicho sea de forma incidental, volvemos a la prioridad del lenguaje económico para dar respuesta a problemas de índole jurídica), situando tal decisión, la de concreta selección de los trabajadores afectados por un despido objetivo (no así, conviene nuevamente recordarlo, en los despidos colectivos, o como mínimo con respeto de unos criterios de selección que podrán ser objeto de cuestionamiento en sede judicial) en el terreno de "la idoneidad u oportunidad", no debiendo ser por ello la decisión empresarial "sometida a censura judicial".

En apoyo de esta tesis se aportan dos sentencias muy lejanas en el tiempo, de 19 de enero de 1998 y de 15 de octubre de 2013, siendo a mi parecer necesario que la justificación de la tesis defendida por la Sala se hubiera realizado con jurisprudencia dictada como consecuencia de las reformas laborales de 2010 y 2012 que son las que introdujeron cambios relevantes en los criterios de adecuación de la decisión empresarial.

En suma, la Sala expresa con total y contundente claridad su tesis, separando, por cierto, el art. 52 c) del art. 51 en cuanto a las reglas de aplicación de los criterios de selección del trabajador o trabajadores afectado o afectados por un despido, ya que mientras en los colectivos no hay duda de la obligación de aportar criterios de selección y de justificar debidamente, dentro del amplio margen de gestión de la actividad empresarial, que son objetivos, en los individuales o plurales (en algún caso puede ser superiores en número a un despido colectivo, según cuál sea el tamaño de la empresa) a los que son de aplicación el art. 52 c) de la LET, dice la Sala "acreditada la crisis, la elección de los trabajadores afectados por la medida en términos cualitativos y cuantitativos pertenece a la esfera de decisión empresarial y, como regla general, queda exenta de control por parte del órgano judicial".

Por consiguiente, para la sentencia basta con acreditar el cumplimiento de los requisitos formales recogidos en el art. 53.1 a) de la LET, entendiendo por tales requisitos a los efectos que ahora nos interesan que "en la comunicación escrita al trabajador figuren las causas entendidas como la descripción de la situación de la empresa, su evolución y su influencia en la necesidad de amortizar puestos de trabajo mediante la adopción de la decisión extintiva que se comunica", con apoyo de esta tesis en otra sentencia nuevamente muy lejana en el tiempo, de 9 de diciembre de 1998. Igualmente, y siempre según la interpretación que la Sala efectúa en esta sentencia del art. 52 c) de la LET "… queda normativamente reconocida la discrecionalidad -que no arbitrariedad- del empresario en la gestión de las medidas frente a la situación de crisis".

La tesis de la Sala queda muy bien recogida en el último párrafo del fundamento de derecho tercero, en el que, tras exponer su argumentación más detallada para justificar su tesis, en los términos que explicaré a continuación, concluye de forma clara y contundente de la siguiente manera: "En definitiva, ni en relación al contenido de la carta de despido, ni en relación a la actividad probatoria a los efectos de los artículos 105.2 , 108.1 y 122.1 LRJS , se le puede exigir a la empresa nada más que lo que determina expresamente el artículo 53.1 ET en relación, en este caso, a lo establecido en el artículo 52. C) ET".

Una vez formulada la respuesta a la cuestión debatida en términos de libertad empresarial para seleccionar al trabajador o trabajador despedido vía un despido objetivo individual o plural, la Sala parece querer matizar esa tajante afirmación con referencias de índole general a la inexistencia de un poder absoluto e ilimitado por parte del empleador en la toma de decisiones, afirmando que "…Con carácter general, hemos señalado ya que no sólo cabe un control sobre la concurrencia de la causa alegada, es necesario, además, un control de razonabilidad pleno y efectivo sobre la medida extintiva comprobando si las causas alegadas y acreditadas, además de reales, tienen entidad suficiente como para justificar la decisión extintiva y, también, si la medida es plausible o razonable en términos de gestión empresarial". Nada que decir, por mi parte, sobre la bondad jurídica de esta doctrina, ya que sobre ella me he manifestado en sentido positivo en mis comentarios a las numerosas sentencias dictadas por la Sala en PDC o de suspensiones contractuales o de modificación sustancial de condiciones de trabajo, pero de llevar a sus justos términos esta tesis la respuesta al caso concreto no creo que fuera la que decide la Sala, sino justamente la que se plantea en los dos votos particulares, en cuanto que la entidad suficiente de la decisión empresarial debe guardar relación de adecuación con el concreto o los concretos puestos de trabajo que se pretenden suprimir y que implican la extinción o extinciones contractuales de determinados trabajadores.

Para dar respuesta a esa necesaria adecuación, conexión, entre "la causa acreditada y la concreta elección del trabajador despedido", que es consciente la Sala de que debe existir si nos atenemos a la amplia explicación justificativa efectuada en el último párrafo del fundamento de derecho tercero, el alto tribunal no va a tomar en consideración el art. 51 de la LET, es decir justificar los criterios de selección que debe respetar la empresa en un PDC, sino que va a ir por otros derroteros que le van a permitir interpretar el art. 52 c) de la LET en cuanto a los requisitos necesarios para proceder a una o varias extinciones con criterios diferentes de los de un despido colectivo, de tal manera que de mantenerse en sentencias posteriores del TS el criterio sentado en esta sentencia será mucho menos complejo para una empresa proceder a varias extinciones contractuales vía despido objetivo que llevar a cabo un despido colectivo, bastando para ello que no se superen los umbrales requeridos por el art. 51 de la LET para llevar a cabo un PCD, con el único límite de la inexistencia de un fraude de ley

o abuso de derecho por parte empresarial, algo en este caso muy difícil de probar, afirmo yo ahora, si se acepta jurídicamente que la existencia de una causa económica con carácter general le permite a la parte empresarial, de forma plenamente acorde a la legalidad, decidir qué trabajador o trabajadores concretos son los que deben ver extinguida su relación laboral.

Siendo la Sala consciente a mi parecer, aunque aquí entro en un terreno de pura subjetividad tras leer con detenimiento de la sentencia y que no permite ir más allá de esta genérica afirmación, de las críticas que pudiera suscitar la aceptación abierta de la libre decisión empresarial para despedir, y que ya ha tratado de matizar como he explicado con anterioridad, afirma que dicha decisión "queda sujeta en primer lugar al respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores y al principio de no discriminación", afirmación con la que no se puede sino estar plenamente de acuerdo y que también es de plena aplicación a los despidos colectivos. En segundo término, y ya lo acabo de apuntar, la Sala afirma que deberán entrar en juego, para valorar la adecuación de la decisión empresarial, "los límites genéricos de la buena fe contractual (entendida como actuación ajustada a los esenciales deberes de conducta que deben presidir la ejecución de la prestación de trabajo y la relación entre las partes) y, especialmente, los relativos al abuso de derecho y el fraude de ley que siguen estableciendo los artículos 6 y 7 CC", trayendo a colación varias sentencias de la propia Sala sobre cuándo deben apreciarse estos incumplimientos y cómo deben acreditarse, siendo la sentencia más moderna en el tiempo citada la de 31 de mayo de 2007, echando en falta por mi parte la importante construcción jurisprudencial de lapropia Sala efectuada en las más de treinta sentencias dictadas desde el mes defebrero de 2014 en los despidoscolectivos de los agentes locales de promoción de empleo en Andalucía.

En tercer lugar, sigue argumentando la Sala para defender su tesis, "habrá que atender al sometimiento de la decisión a criterios de proporcionalidad, esto es, la decisión empresarial debe ser adecuada a las circunstancias causales concurrentes poniendo el acento en la realidad de la causa y en sus efectos sobre los contratos de trabajo", tesis que de aplicarse correctamente en punto al efecto de la decisión empresarial sobre un o unos concretos puestos de trabajo y los contratos laborales de las personas que los ocupan debería llevar ineludiblemente a valorar la estricta adecuación entre la decisión adoptada y su impacto concreto sobre el puesto de trabajo, al objeto de poder justificar por qué es despedido un trabajador y no otro, lo que llevaría a mi parecer a defender justamente la tesis contraria a la expuesta por el tribunal.

En fin, trayendo a colación, ahora ya sí por fin, una sentencia del propio tribunal dictada tras la entrada en vigor de la reforma laboral de 2012, en concreto la de 17 de julio de 2014, la Sala afirma, aunque a mi parecer está refiriéndose claramente a un despido colectivo en donde, no se olvide, tiene que haber un adecuado y justificado criterio de selección de los trabajadores despedidos, que el control judicial debe limitarse "a la valoración de la adecuación del volumen de empleo a la situación resultante de la causa acreditada, de suerte que la causa económica, técnica, organizativa o productiva actúe sobre la plantilla creando la necesidad de reducir puestos de trabajo". Por cierto, he releído la sentencia que acabo de citar y también el amplio comentario que realicé a la misma, y soy del parecer que va justamente en dirección opuesta a la tesis que ahora defiende la Sala en la sentencia enjuiciada, y además de remitir a todas las personas interesadas a la lectura de la resolución judicial reproduzco un pequeño fragmento de mi comentario que considero de especial interés: "E) En suma, el juicio de razonabilidad (que debe versar, recuérdese, sobre la existencia de la causa, la adecuación de la medida adoptada, y la racionalidad de la medida que excluye aquellas decisiones carentes de proporcionalidad, sin cuestionar ciertamente—aquí se encuentra una manifestación del equilibrio entre las distintas sensibilidades de la Sala por las que transita la sentencia – el poder de gestión empresarial y de adoptar las decisiones que considere más adecuadas para el futuro de la empresa.... siempre y cuando se trate de decisiones que "(no) ofrezcan patente desproporción entre el objetivo legalmente fijado y los sacrificios impuestos a los trabajadores...") ha de llevarse a cabo tomando en consideración los preceptos constitucionales, internacionales y de derecho común, y la Sala cree que ha sido el propio gobierno el que ha aceptado esta tesis al haber respondido a la interpelación formulada por la OIT con ocasión de la queja sindical presentada ante el Comité de Libertad Sindical sobre la vulneración de varios Convenios afirmando que las diversas causas legales de extinción

“deben relacionarse gravemente con los contratos de trabajo que se pretenden extinguir”. Pues sí, los informes del comité de libertad sindical de la OIT adquieren una importancia relevante para la defensa de aquellos derechos que los gobiernos pueden restringir (no sólo ciertamente el español) y que pueden vulnerar derechos como el de sindicación, negociación colectiva, o a no ser extinguido el contrato del trabajador sin justa causa”.

6. La Sala ha dejado de lado el art. 51 de la LET y ha realizado una interpretación del art. 52 c) que considera que “se atiene a la doctrina tradicional de esta Sala”, y siendo nuevamente consciente, así me lo parece desde el plano nuevamente estricto de mi subjetividad, de las críticas que pueden vertirse sobre su decisión desde el respeto de los derechos constitucionales laborales (señaladamente el derecho al trabajo recogido en el art. 35.1 de la Constitución) y desde su adecuación a la normativa internacional, trata de dar adecuada respuesta a ambas hipotéticas críticas en el fundamento de derecho cuarto (en términos radicalmente contraria se manifestará el voto particular conjunto de cuatro magistrados y magistradas, y también el voto particular del ponente inicialmente designado), partiendo de una afirmación que da paso después a dicha justificación, cual es que la tesis defendida es “absolutamente respetuosa con la dimensión constitucional de la institución extintiva que se examina y con los compromisos derivados de la normativa internacional aplicable”.

En primer lugar, acude a la doctrina del TC sobre la interpretación del art. 35.1 de la CE en relación con el art. 38, y selecciona determinados fragmentos de algunas sentencias para destacar que en la regulación de tal derecho no está sólo presente el interés del trabajador sino que hay que ponerlo en relación con los intereses empresariales, con las facultades empresariales para poder llevar a cabo una adecuada gestión de la empresa, en el marco de la libertad de empresa y la defensa de la productividad. La cita, por cierto, es de la STC núm. 192/2003 de 27 de octubre, que a su vez cita otras anteriores, y desconozco el motivo por el que la Sala no ha utilizado en su argumentación en este punto las sentencias 119/2014 de 16 de junio y 8/2015 de 22 de enero que son, justamente, las que validan la reforma laboral en términos de protección de los intereses empresariales, más exactamente de la libertad empresarial y de la defensa de la productividad, en términos mucho más claros y contundentes que en sentencias anteriores, y que limitan ampliamente el alcance efectivo del derecho constitucional al trabajo desde la perspectiva de su protección ante casos de extinción de la relación contractual.

No se olvida tampoco la Sala de dar, o al menos intentarlo, debida respuesta a las objeciones esperadas sobre la vulneración de la normativa internacional, señaladamente el Convenio número 158 de 1982 sobre la extinción de la relación de trabajo poriniciativa del empleador, ya que conoce sobradamente que el art. 4 dispone que “No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”.

¿Cómo salva la hipotética contradicción que se observa a mi parecer en la sentencia ahora enjuiciada sobre la obligación de cumplir con este precepto y la libertad empresarial de seleccionar al trabajador que considera oportuno? Pues bien, acude al art. 9, y más exactamente a su apartado 3 que dispone que “En los casos en que se invoquen para la terminación de la relación de trabajo razones basadas en necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio, los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio estarán facultados para verificar si la terminación se debió realmente a tales razones, pero la medida en que esos organismos estarán facultados también para decidir si esas razones son suficientes para justificar la terminación deberá determinarse por los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1 de este Convenio”, es decir de acuerdo a la legislación nacional.

Hasta aquí, a mi parecer, nada que objetar, pero sí objetable, y mucho, es la interpretación que de su propia cosecha efectúa la Sala a continuación, al afirmar que “No cabe duda, por tanto, que el artículo 9.3 del convenio se mueve en la línea de posibilitar que la legislación y práctica nacionales determinen en cada Estado firmante el alcance que corresponde al control judicial y que resultando inexorable el control de la existencia de la causa, el control de suficiencia puede establecerse o no, y en el caso de que se instaure, puede establecerse en mayor o menor medida; esto es, con el alcance que determine la

legislación de cada Estado". En apoyo de esta tesis, y utilizando una técnica que hasta ahora estaba reservada habitualmente a votos particulares del TC contrarios a la reforma laboral o a sentencias de órganos jurisdiccionales en los que se enfatizaba la importancia de la normativa internacional como garante de la protección de los derechos laborales, la Sala acude a un documento de la propia OIT elaborado en relación con dicho Convenio, y selecciona un apartado determinado del mismo, en el que se recoge que el art. 9.3 del mismo "permite, en consecuencia, que cada país limite los poderes que tiene el organismo competente, cuando examina si la terminación está justificada, de ejercer un control sobre la decisión del empleador en cuanto al número de trabajadores de su empresa".

Pues bien, si el objetivo de la Sala era justificar su decisión con apoyo en una determinada interpretación de la normativa internacional, no creo que lo haya conseguido, porque el ordenamiento jurídico español, interpretado por el propio TC en su sentencias validadoras de la reforma laboral de 2012 y desde luego por las numerosas sentencias del TS, de la Audiencia Nacional y de los TSJ que se han pronunciado al respeto, sí requiere de una relación suficiente y razonada, adecuada, entre la decisión empresarial y la afectación concreta a un puesto de trabajo y al contrato del trabajador que lo ocupa y que se pretende extinguir, y porque el convenio 158 de la OIT y la interpretación efectuada por el documento citado en la sentencia hacen referencia concreta a las potestades de cada país para limitar los poderes del organismo competente, en este caso de los tribunales laborales, de ejercer un control sobre la decisión del empleador "en cuanto al número de trabajadores de la empresa". Es decir, el órgano jurisdiccional no tiene nada que decir, a salvo de la existencia de un fraude de ley, en la validez de las extinciones contractuales que cumplan los requisitos previstos por la normativa vigente y que no superen los umbrales establecidos en el art. 51 de la LET y que requieren en tal caso de tramitación de un PDC, pero sí puede decir, y no hay ningún obstáculo en la normativa internacional que lo impida, cuáles son los criterios que debe respetar la empresa para seleccionar a unos u otros trabajadores tanto en despidos individuales o plurales, pues carecería de sentido, a mi parecer y en la misma línea que los votos particulares, que se estableciera una diferencia de trato entre la causalidad justificativa concreta de unos y otros una vez que se hubiera probado la existencia de causas económica (técnica, organizativa o de producción) justificativa.

7. Como he indicado, la sentencia cuenta con el voto particular discrepante del magistrado Luis Fernando de Castro, ponente inicial de la sentencia, partidario del acogimiento del RCUD y del pronunciamiento de improcedencia del despido del trabajador, que señala claramente de entrada en su muy detallado escrito que disiente de la tesis de la sentencia recurrida y de la mantenida por la Sala de que corresponde al empleador, cuando se procede a la extinción contractual al amparo del art. 52 c) de la LET, ".. la elección del concreto puesto a extinguir como una manifestación de sus facultades de dirección y organización de la actividad", y sustenta su tesis, y en esta línea han ido dirigidas mis críticas a la sentencia, en que el nivel de discrecionalidad empresarial debe ser el mismo en los despidos individuales que en los colectivos, "habida cuenta de la identidad sustancial existente entre ambos tipos de extinción de contrato", trayendo a colación en apoyo de esta tesis la doctrina sentada por el TC en su sentencia validadora de la reforma laboral, núm. 8/2015 de 22 de enero, y la propia doctrina de la Sala en sentencia de 20 de enero de 2015, en ambos casos enfatizándose la identidad sustancial entre ambas modalidades de extinción contractual, únicamente diferenciadas por el número de personas afectadas y su tramitación, pero no en cuanto a los requisitos justificativos de la decisión empresarial, entre los que se incluyen los criterios de selección, y su debida justificación, de los trabajadores afectados.

El voto particular señala con acierto que ciertamente el art. 53 de la LET no contiene referencia alguna a los criterios de selección utilizados para despedir a un trabajador vía extinción objetiva, mientras que sí existe tal referencia en el art. 51 de la LET regulador de los despidos colectivos, pero inmediatamente pasa a explicar, poniendo de manifiesto justamente las similitudes de las medidas extintivas adoptadas al amparo de los art. 51 (despido colectivo) y del 52 c) (despido objetivo individual o plural), que la ausencia de prescripción legal específica no supone "…que el empresario tenga la más absoluta libertad de elegir a los trabajadores cuyos contratos van a extinguirse, con tal de que se excluyan el fraude, el abuso del derecho o la vulneración de derechos fundamentales", debiendo siempre existir (y así me parece que ha quedado debidamente recogida en numerosas sentencias de la Sala dictadas desde la primera de 20 de marzo de 2013 con ocasión de PDC tras las reforma laboral) conexión funcional entre la causa alegada y la decisión concreta adoptada por el empleador, sin

cuestionar en modo alguno por parte del voto particular la concepción de la gestión empresarial "como patrimonio exclusivo del empresario".

Muy interesante es el voto particular cuando aborda la cuestión litigiosa desde la perspectiva constitucional, y en los mismos términos de extraordinario interés se pronunciará el segundo voto particular discrepante de cuatro magistrados y magistradas, sobre cómo debe entenderse el derecho constitucional al trabajo y cómo debe aplicarse e interpretarse la normativa internacional y europea, y todo ello teniendo presente, al amparo de lo dispuesto en el art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que cuando hay un debate sobre los posibles sentidos de una norma se ha de elegir "aquel que sea más conforme con las normas constitucionales". Sobre la importancia de la normativa internacional, su aplicación concreta y cómo debe actuar como criterio interpretativo de los derechos constitucionales reconocidos, hay numerosa jurisprudencia del TC, varias de cuyas sentencias son citadas en los dos votos particulares.

Más reparos, o críticas a la sentencia: ésta, no es continuista de la que ha dado en llamar "doctrina tradicional de la Sala", ya que tanto en sentencias anteriores a la reforma laboral como con posterioridad la Sala ha puesto de manifiesto la obligatoriedad por parte empresarial de acreditar la debida conexión y adecuación entre la causa existente y la concreta medida adoptada, trayendo a colación la cita de algunas sentencias en las que se manifiesta expresamente que el empresario "tiene que acreditar que la actualización de la causa económica afecta al puesto de trabajo amortizado". La acreditación, es decir la justificación de la razonabilidad de la decisión empresarial, puede ser relativamente fácil de demostrar, incluso aceptando que no haya una explicación detallada, en casos de pequeñas empresas o en supuestos de ámbitos afectados por la decisión empresarial que sean muy reducidos, pero a salvo de estos supuestos siempre será necesario acreditar debidamente la conexión entre la causa y la decisión, dejando el voto abierta la posibilidad a que dicha explicación no se encuentre en la carta de despido pero siendo necesaria la justificación en sede del acto de juicio si hubiera sido cuestionada por el trabajador despedido.

Obsérvese en definitiva como el voto particular acepta que la diferente regulación del art. 53.1 a) de la LET y del art. 51 de la misma norma pudieran llevar, si no hay alegaciones del trabajador despedido, a la validez de la decisión empresarial aún sin justificación, pero no es menos cierto que en la mayor parte de las demandas contra un despido objetivo se tratará de demostrar, además de la inexistencia de la causa, la no justificación de la aplicación al trabajador afectado, con lo que la tesis de la necesaria razonabilidad del despido objetivo es del todo punto válida para solicitar, en casos como el enjuiciado, que quede debidamente justificada la concreta decisión empresarial que afecta a un trabajador determinado.

Toda la argumentación anterior del magistrado que emite el voto particular discrepante, una vez trasladada al caso concreto le lleva a sostener la tesis contraria a la de la mayoría de la Sala, por no entender acreditada la conexión entre la causa y la decisión, rechazando de forma clara e inequívoca la tesis expuesta en la carta de despido, y que aceptará después la sentencia, de ser una potestad empresarial inserta en sus facultades de dirección y organización de la actividad la de seleccionar los trabajadores afectados, porque justamente una amplia jurisprudencia de la propia Sala va en la dirección contraria y la decisión empresarial no ofrece ningún juicio de adecuación entre la causa y el cese de un concreto trabajador. Además, en una muy específica referencia a la actividad del trabajador despedido, o más exactamente de los dos despedidos en Asturias y el País Vasco, la de comercial, se cuestiona el voto particular cómo se prescinde de quienes "tienen la función de promocionar el producto que la empresa sitúa en el mercado", no habiendo en el escrito empresarial de extinción ninguna "«adecuación», «razonabilidad» o «relación causa/extinción» a que se concreta nuestro posible control".

Por último, y en el plano de los requisitos formales requeridos en el procedimiento laboral, el voto se plantea que la alegación de la falta de causalidad sólo fue planteada en el trámite del recurso de suplicación, pero dado que la parte demandada no objetó nada al mismo ni se opuso (más exactamente no llegó a impugnar el recurso, nos explica el voto) el TSJ pudo entrar en su valoración en la resolución del recurso de suplicación, dejando así abierto el camino jurídico para que pudiera ser

objeto de RCUD en caso de existir, como así ha ocurrido, una sentencia contradictoria. Es cierto, y así también lo explica el voto particular, lo que nos permite tener un mejor conocimiento de los entresijos de la tramitación del RCUD, que en el trámite de impugnación al RCUD la empresa sí aporta su justificación para intentar demostrar como la medida era adecuada en relación con la extinción del contrato del trabajador afectado, pero esta alegación es rechazada en el voto por su carácter extemporáneo, "pues debiera haberse invocado -conforme a lo dicho- o bien en la propia carta de cese, o en el acto de juicio o en la fase de Suplicación, pues la conexión funcional antes referida actúa en abstracto como necesaria salvaguarda del interés del trabajador frente a posibles arbitrariedades, y ello aunque haya de admitirse la limitada defensa que aquél pudiera hacer frente a la facultad directiva empresarial de elegir uno u otro empleado como objeto de despido. Pero éste es un debate ajeno a autos, en el que no se cumplió el requisito -la tan citada «relación razonable»- que legitima el cese".

9. El voto particular discrepante de cuatro mosqueteros, perdón de cuatro magistrados y magistradas, rechaza, en los términos recogidos al inicio de mi artículo, la sentencia de la Sala, al mismo tiempo que se adhiere "plenamente" al anterior voto particular. Además de la afirmación, que comparto, del "muy importante retroceso del control judicial de los despidos individuales o plurales", y del rechazo efectuado a la interpretación restrictiva efectuada por la sentencia de la normativa internacional y de la doctrina constitucional y de la propia Sala, el voto recuerda que ha sido el propio TC el que ha equiparado a efectos del control judicial, refiriéndose al art. 41 de la LET pero no hay motivos jurídicos para sostener una tesis diferente para los arts. 51 y 52 c) de la LET, las modificaciones individuales con las colectivas.

En este voto particular, inusualmente corto en relación con otros emitidos en sentencias en que los citados magistrados y magistradas han quedado en minoría en la votación, pero sin ninguna pérdida de la seriedad y rigurosidad intelectual de todos sus escritos, se afirma con obligada, y necesaria a mi parecer, contundencia, que "Difícilmente, con la tesis adoptada mayoritariamente en la sentencia que objetamos, los jueces y tribunales van a poder controlar jurisdiccionalmente un despido ex art. 52.c) ET en orden a la elección del trabajador despedido, -- salvo en empresas pequeñas, en las que sea fácil determinar las condiciones de los distintos puestos de trabajo en relación con la causa económica, técnica, organizativa o de producción que resulte acreditada --, si resulta que el empresario no tiene ni siquiera que escuetamente reflejarlos en la carta del despido…", de tal manera que si le trabajador no conoce el motivo por el que ha sido el afectado por la decisión empresarial tampoco podrá ser conocida por el órgano judicial que conozca del conflicto, "… resultando, por tanto, la fórmula que se utiliza en la sentencia mayoritaria (" la selección de los trabajadores afectados por los despidos objetivos del art. 52.c. ET corresponde en principio al empresario y su decisión sólo será revisable por los órganos judiciales cuando resulte apreciable fraude de ley o abuso de derecho o cuando la selección se realice por móviles discriminatorios ") un modo de intentar dar cuerpo a algo que en la práctica quedará, en la inmensa mayoría de los supuestos, vacío de contenido real". Ciertamente, se puede decir más alto, pero no más claro.

En fin, con una contundencia jurídica que hubiera merecido mejor fortuna en el debate de la sentencia, el voto particular, y en los mismos términos me he manifestado en mis anotaciones críticas a aquella, no encuentra fundamentación alguna para la diferente aplicación de criterios según se trate de un despido individual/plural o un despido colectivo en punto a cómo determinar los trabajadores afectados, es decir su selección, pareciéndole carente de sentido que "en un Estado social y democrático de Derecho", que protege constitucionalmente el derecho al trabajo en su vertiente de no ver extinguida la relación laboral sin justa causa, y olvidando la jurisprudencia constitucional y europea, y la normativa internacional, "en el primer supuesto sea un requisito necesario para la regularidad del despido la determinación de los criterios de selección de los trabajadores afectados con pleno control judicial de los mismos y en el segundo supuesto el empresario no tenga que indicarlos (sin perjuicio, de que luego se dejaran a salvo los criterios de oportunidad como facultad empresarial) con lo que los trabajadores afectados no los conocen y el juez no podrá controlarlos".

10. Concluyo mi comentario. Es una sentencia importante y que hasta ahora no ha merecido especial atención, pero que sin duda debería merecerlo. ¿Será utilizada por las empresas? ¿Mantendrá este criterio el TS en posteriores sentencias? ¿Cómo se manifestarán los Juzgados de lo Social y los TSJ cuando conozcan de casos como el ahora resuelto? Y la pregunta más importante, y que de momento

sólo dejo planteada, aunque no dudo que los lectores y lectoras intuyen mi respuesta: ¿hacia dónde se encamina la doctrina del TS cuándo aborda la protección de los derechos laborales?

***2.5.3. Sobre la (no obligación de) comunicación a los representantes de los trabajadores de los escritos de despidos objetivos derivados de procedimiento de despido colectivo. Una nota a la sentencia del TS de 30 de marzo de 2016 (con voto particular radicalmente discrepante de dos magistrados sobre la protección de los derechos colectivos).***

1. Abordo el examen de una importante sentencia, la dictada el 30 de marzo de este año, de la que fue ponente el magistrado Luis Fernando de Castro, y que cuenta con un voto particular radicalmente discrepante suscrito por el magistrado Fernando Salinas y la magistrada María Luisa Segoviano mucho más extenso que la fundamentación jurídica de la sentencia y que es en realidad otra sentencia, sólo que formulada en un voto particular minoritario.

Dicha sentencia desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por dos trabajadoras contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 3 de junio de 2014, confirmatoria a su vez de la del Juzgado de lo Social núm. 13 de Valencia de 14 de enero de 2014, siendo la cuestión que se plantea en todas ellas, tal como se explica en el apartado 2 del fundamento de derecho primero de la sentencia del TS, "la relativa a las exigencias formales que han de revestir a la carta de despido decidido en ejecución de un PDC, y más concretamente si – conforme al art. 53.1 ET – ha de entregarse una copia de la referida comunicación a la representación legal de los trabajadores (RLT) con la consecuencia – caso de que no se hiciese – de que el despido haya de calificarse como improcedente".

Sobre la misma cuestión, y en idéntico sentido que la comentada en esta entrada, se han pronunciado dos sentencias más del TS, dictadas el 16 de marzo y 7 de abril, no estando disponible la primera en CENDOJ en el momento de redactar este texto (y no haberla podido leer), y siendo ponente de la segunda el magistrado Antonio V. Sempere, sin votos particulares, que se remite a las de 16 y 30 de marzo y manifiesta que "elementales razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley nos llevan a reiterar cuando en tales ocasiones hemos dicho".

Buena parte de la doctrina sentada por el Pleno en la llamada "sentencia Bankia" de 15 de marzose reitera en estas nuevas resoluciones, si bien ahora se incorporan nuevos argumentos por la Sala, así como también de respuesta por el voto particular discrepante, para defender sus respectivas posiciones respecto a la no necesidad de comunicación del escrito de despido individual a la representación del personal (tesis de la sentencia) o a su obligatoriedad para garantizar el derecho de información de la misma (tesis del voto). El breve resumen oficial de la sentencia es el siguiente: "Despido colectivo. Impugnación del despido individual. Inexigencia de comunicarlo a la RLT. Se rechaza como cuestión nueva la trascendencia del incumplimiento del plazo de preaviso. Voto particular".

3. El litigio del que ha conocido la sentencia de 30 de marzo de 2016 encuentra su origen en un procedimiento de despido colectivo iniciado por la empresa Construcciones e infraestructuras educativas de la Generalitat Valenciana S.A (CIEGSA) el 6 de junio de 2012 y que finalizó con acuerdo en el seno de la comisión negociadora durante el período de consultas previsto en el art. 51 de la Ley del Estatuto de los trabajadores el día 6 de julio. Como consecuencia de dicho acuerdo, se comunicó a los trabajadores seleccionados por la empresa (según los criterios fijados en la memoria explicativa entregada a la representación del personal) sus despidos objetivos mediante comunicación escrita, siendo objeto de impugnación en sede judicial por las trabajadoras y con los resultados tanto en instancia como en suplicación ya reseñados de desestimación.

Contra la sentencia del TSJ valenciano se interpuso RCUD, aportándose como sentencia de contraste la dictada por el TSJ madrileño de 14 de octubre de 2013. Dicha sentencia, que contiene un voto particular concurrente, reproduce gran parte de la dictada por el mismo tribunal el 15 de marzo de dicho año, en la que, con amplio apoyo en doctrina jurisprudencial del TS, se afirmaba lo siguiente: " La opinión mayoritaria de esta Sección de Sala es la de que la notificación a la representación legal de los trabajadores, mediante entrega de copia de la carta para su conocimiento y ulterior examen, también

debe exigirse con todo su rigor, en los despidos objetivos que derivan, como aquí ocurre, de un expediente de regulación de empleo, negociado con el comité de empresa, en el que se ha alcanzado un acuerdo y en el que obra una relación nominativa de trabajadores afectados. Y ello porque ha sido el legislador, quien así lo ha dispuesto en los artículos 124.11, 122.3 de la LRJS y 53.1 c) del ET, ordenando de manera nítida que las impugnaciones individuales, se rijan por lo establecido en la regulación de la extinción por causas objetivas. Sin establecerse ningún tipo de salvedad o cortapisa, el mandato legal debe cumplirse, al margen de que la finalidad a la que se encamina la exigencia del artículo 53.1c) del ET, pudiera haberse alcanzado ya en una demanda individual que impugna un despido colectivo o que el artículo 51.2 del ET, en la redacción aplicable disponga que "transcurrido el período de consultas, el empresario comunicará a la autoridad laboral el resultado del mismo. Si se hubiera alcanzado acuerdo, trasladará copia íntegra del mismo. En caso contrario, remitirá a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral la decisión final de despido colectivo que haya adoptado y las condiciones del mismo" dando a entender que la comunicación sólo sería necesaria en los casos de falta de acuerdo, ámbito al que se circunscribiría, según esta tesis, la aplicación del artículo 51.4 del ET, cuando establece que una vez "Comunicada la decisión a los representantes de los trabajadores, el empresario notificará los despidos individualmente a los trabajadores afectados en los términos establecidos en el artículo 53.1 de esta Ley ".

La fundamentación jurídica de la sentencia de 30 de marzo se contiene en el fundamento de derecho segundo. Se debate sobre la interpretación del art. 53.1 de la LET y el cumplimiento de los requisitos formales previstos en el mismo, y más exactamente sobre el apartado c) ("Concesión de un plazo de preaviso de quince días, computado desde la entrega de la comunicación personal al trabajador hasta la extinción del contrato de trabajo. En el supuesto contemplado en el artículo 52.c), del escrito de preaviso se dará copia a la representación legal de los trabajadores para su conocimiento"). Recordemos que el art. 52 c) dispone que el contrato de trabajo podrá extinguirse "cuando concurra alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 y la extinción afecte a un número inferior al establecido en el mismo".

4. En el RCUD se denuncia el incumplimiento del plazo de preaviso, si bien dado que la cuestión no fue planteada en el recurso de suplicación no se entrará a conocer de la alegación de la recurrente por tratarse de una cuestión nueva, extendiéndose la sentencia en la fundamentación de esta denegación en base al principio de justicia rogada, añadiendo además que la citada alegación sí había sido planteada en instancia pero "a los meros efectos de la reclamación de cantidad", según se recogió en el fundamento de derecho octavo de la sentencia del juzgado de lo social.

5. El litigio se centra en la obligatoriedad o no de la comunicación del escrito de despido objetivo a la representación de los trabajadores. La Sala reitera la doctrina sentada en la sentencia dictada en RCUD 832/2015 (no disponible aún en CENDOJ), por lo que me parece necesaria su reproducción para un mejor conocimiento de la cuestión litigiosa por parte de todas las personas interesadas: "«[l]a literalidad de los artículos expuestos no arroja duda alguna que pudiera resolverse invocando criterios teleológicos o analógicos. La copia del escrito de preaviso (que en realidad alude a la carta de despido) debe entregarse a los representantes de los trabajadores en el supuesto del despido objetivo (artículo 52.c), que es diverso del examinado en el caso, prototípico despido colectivo... Claro que puede ser razonable que los representantes legales de los trabajadores posean una información exacta de las extinciones contractuales que dimanan de un despido colectivo. De hecho, es usual que cuando se ha pactado incorpore una Comisión de seguimiento ... y probablemente la fiscalización del cumplimiento de las normas laborales (art. 64.7.a.1º) requiere que se le informe de las extinciones producidas. Pero aquí no se trata de examinar esa dimensión institucional o colectiva sino de aquilatar las exigencias del despido en cuanto acto de individualización. Y lo cierto es que las garantías formales que el ET ha introducido en los casos de despido objetivo (individual, plural) no se trasladan de manera absoluta, sino que existen determinados matices cuando se trata de extinciones contractuales enmarcadas en un despido colectivo. La copia a los representantes de los trabajadores, por expreso mandato legal, solo procede entregarla en los supuestos del artículo 52.c) ET y no en los de despido colectivo».

Como puede observarse, la tesis del TS diferencia entre el conocimiento por parte de la representación del personal de los despidos objetivos individuales o plurales, por una parte, y los producidos como consecuencia de una decisión previa de despido colectivo por otro, avanzando en la línea de

reinterpretación del art. 53 de la LET ya puesta de manifiesto en sus sentencias de 24 de noviembre de2015 y 15 de marzo de 2016, que fueron objeto de análisis crítico por mi parte en anteriores entradas del blog, además de modificar la doctrina anterior de la propia Sala. En la sentencia objeto de comentario se insiste en la importancia de la "interpretación literal" de los preceptos normativos, al amparo de lo dispuesto en el art. 3.1 del Código Civil, y se refuerza la tesis de la sentencia anteriormente citada en el sentido de que la comunicación a la representación de los trabajadores sólo procede en el caso de los despidos objetivos individuales y plurales, añadiendo a mayor abundamiento, y ahora con apoyo de alguna de sus últimas sentencias y dejando de lado la literalidad del art. 53.1, que "el despido objetivo se lleva a cabo por decisión unilateral del empresario y sin control previo alguno por parte de la RLT, en tanto que el PDC requiere una previa negociación con los representantes de los trabajadores, de manera que las necesidades formales de la comunicación extintiva quedan incluso «atemperadas» por la existencia de la propia negociación y el conocimiento de toda clase de datos sobre el PDC que ello comporta".

Da un paso más la sentencia, conscientes sin duda los defensores de la tesis mayoritaria de que pueden lloverles críticas por la pérdida de información que podría significar su interpretación del art. 53 1 c) de la LET para los representantes de los trabajadores en punto a poder ejercer sus tareas de defensa de los intereses de sus representados, entre ellos los despedidos por un despido colectivo, y pone de manifiesto que aunque esa obligatoriedad no se deduzca de la literalidad del art. 53.1 c) de la LET si les parece conveniente "que la RLT tenga detallado conocimiento de todos los despidos individuales producidos en ejecución del DC, para de esa forma facilitar la más adecuada protección de los intereses que tal representación tutela y poder salir al quite de posibles abusos - particularmente de derechos fundamentales que pudieran producirse al materializar la decisión adoptada en el referido DC".

¿Y cuál es la respuesta que proporciona el sector mayoritario a esta "imposibilidad legal" de obtener la información por vía del art. 53.1 c)? Pues acudir al art. 64 de la LET y 10.3 de la Ley orgánica de Libertad Sindical (según se trate de representantes unitarios o sindicales) y que sea la representación del personal la que exija que la información le sea facilitada por la dirección de la empresa al amparo del ejercicio de sus derechos de información y consulta reconocidos en dicho precepto. Es decir, según la Sala la LET "no impone" la obligación de comunicar por parte de la empresa a la representación laboral el escrito de despido objetivo derivado de un PCD, pero al mismo tiempo permite "exigir" a dicha representación que se facilite tal información como "consecuencia obligada" de sus derechos legales de información.

¿En qué quedamos? ¿Debe o no facilitar tal información la empresa? ¿Y en caso de que sea así, qué consecuencia tendrá para el correcto ejercicio de la actividad representativa en punto, por ejemplo, a verificar que el despido objetivo se ajusta a los términos pactados en el despido colectivo? Son preguntas que también se hace el voto particular discrepante al que en seguida me referiré, aunque no conviene olvidar que más allá de la obligación o no de informar, las posibilidades abiertas por las sentencias de 24 de noviembre de 2015 y de 15 de marzo de 2016 sobre la no obligatoriedad de comunicar las causas o los criterios de selección utilizados dejan en un lejano segundo plano la efectividad del trámite informativo, sea o no obligatorio, y ya hemos visto que no lo considera así el TS.

6. Como he indicado con anterioridad el voto particular discrepante es "otra sentencia", tanto en extensión cuantitativa como en argumentación cualitativa. Si la sentencia tiene 10 páginas (siete de hechos probados y tres de fundamentación jurídica), el voto particular tiene trece y todas ellas son de contenido y argumentación jurídica, en el bien entendido que buena parte de sus tesis ya fueron reflejadas en anteriores votos particulares emitidos a las sentencias antes referenciadas, que ahora se refuerzan jurídicamente hablando para dar debida respuesta a las nuevas tesis reinterpretadoras del art. 53.1 c) de la LET por parte de la mayoría de la Sala.

En efecto, el voto particular discrepante procede en primer lugar al estudio del despido colectivo y el derivado despido individual antes de la reforma por el RDL 3/2012 y con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley reguladora de la jurisdicción social, para pasar a continuación al estudio de los cambios operados por la LRJS y más adelante de las modificaciones operadas en la LET y en la LRJS por el RDL

3/2012 y la Ley 3/2012 y sus sucesivas modificaciones, poniendo de manifiesto que los cambios operados sobre la primera y original reforma de 2012 "han supuesto correcciones a los textos procesales derivadas, esencialmente, de los errores detectados…y de los criterios jurisprudenciales y tendentes muchas de estas últimas a limitar el control judicial de los despidos colectivos y a evitar sus declaraciones de nulidad", para inmediatamente efectuar una consideración muy crítica, cual es que "**No se ha corregido, sin embargo, el esencial error técnico consistente en que no se resuelva toda la problemática de los despidos colectivos en un procedimiento único con sentencia condenatoria, en su caso, directamente ejecutable sea declarada la decisión empresarial injustificado o nula** ; así como tampoco, derivadamente, el **seguir posibilitando las impugnaciones individuales y/o plurales** , si quiera en aquellos aspectos que no afectados por la cosa juzgada de una posible previa sentencia colectiva o conciliación, con la inseguridad jurídica que genera con posibles sentencias contradictorias, unida a dilaciones e importante incremento de litigios impugnatorios".

A continuación analiza la impugnación individual y/o plural de las extinciones contractuales derivadas de los despidos colectivos prevista en los art. 51.4 de la LET y 124.13 de la LRJS, y formula finalmente unas conclusiones relativa a toda la explicación anterior para poner de manifiesto que los requisitos, el contenido, las exigencias formales y sustantivas, previstas en los citados preceptos pueden flexibilizarse siempre y cuando se llegue a cumplir con su finalidad "por otros medios a lo largo del previo proceso de despido colectivo", pero no "a liberar en todo al empresario de su cumplimiento", y es partir de aquí cuando desarrolla una amplia argumentación sobre cómo debe interpretarse el art. 53.1 de la LET, en relación con el 52 c) y el 51, donde se pondrán de manifiesto las sustanciales y profundas divergencias con la tesis de la mayoría de la Sala, no sólo en este caso concreto, sino también ya manifestadas en los votos discrepantes emitidos en las sentencias de 24 de noviembre de 2015 y 15 de marzo de 2016.

Más adelante, y cómo si se tratara (en realidad, creo que puede serlo perfectamente) de un artículo doctrinal, el voto discrepante repasa la jurisprudencia existente sobre el contenido de la comunicación escrita de despido y respecto a la puesta a disposición de la indemnización, examinando de forma muy detallada, y por separado, en primer lugar cuál ha de ser el contenido del escrito de comunicación del despido objetivo y cuál ha de ser su grado de suficiencia, según que el período de consultas en el despido colectivo haya finalizado o no con acuerdo entre las partes negociadoras, y siguiendo con la posibilidad de acordar el fraccionamiento del pago de la indemnización por despido sin que sea necesaria la alegación requerida para un despido objetivo individual o plural de falta de liquidez, así como también, y muy importante, si en el escrito deben constar los criterios de selección y su afectación concreta al trabajador, recordando ampliamente la tesis de la sentencia de Bankia, en la que los dos magistrados que firman el voto particular discrepante emitieron otro a aquella junto con dos magistrados más.

Tras este amplísimo análisis jurisprudencial, llega el momento de abordar en el voto particular la cuestión nuclear del RCUD, es decir "si es o no necesaria la entrega de la copia de la comunicación extintiva individual a los representantes de los trabajadores".

Se formula en primer lugar una crítica a la doctrina contenida en la sentencia de 8 de marzo, a la que me he referido con anterioridad (y que sólo conozco por las, eso sí, muy amplias referencias contenidas tanto en la sentencia ahora comentada como en el voto particular), poniendo de manifiesto que los ahora magistrados discrepantes "no pudimos formular al no haberse resuelto en Pleno y al no forma parte de la concreta sección de la Sala en que se deliberó". Por ello, van a formular su análisis crítico tomando en consideración la doctrina sentada en la anterior sentencia y recogida ahora, y reforzada con nuevas argumentaciones, en la de 30 de marzo, tras una explicación didáctica del contenido fáctico del litigio, es decir la existencia de un despido colectivo pactado que afecta a 55 trabajadores, la fijación de unos criterios de selección pero sin concreción en el acuerdo de los posibles afectados, la notificación individual de su despido a los trabajadores cuya extinción contractual se decide por la empresa en base a los criterios de selección, y la inexistencia de comunicación del escrito de extinción de la relación contractual a los representantes del personal.

El voto examina tales nuevos argumentos dados por la mayoría de la Sala para reiterar, y reforzar, la tesis contenida en la sentencia de 8 de marzo, consistente en que "la copia a los representantes legales de los trabajadores, por expreso mandato legal, sólo procede entregarla en los supuestos del art. 52 c) ET y no en los de despido colectivo", destacando que la tesis mayoritaria, que no deja de ser reproducción de la sentencia de 8 de marzo, pone el acento en que la cuestión litigiosa no se centra, siempre según dicha parte, en "esa dimensión institucional o colectiva sino de aquilatar las exigencias del despido en cuanto acto de individualización" y recordando que la mayoría ha defendido que los representantes del personal siempre tendrán conocimiento del escrito de despido objetivo si lo solicitan a la parte empresarial en el ejercicio de sus funciones y competencias, y más exactamente del derecho de información recogido expresamente en el art. 64 de la LET.

Será inmediatamente a continuación, en el apartado noveno, donde el voto discrepante rebatirá con contundencia jurídica las tesis de la mayoría tendentes a reforzar la doctrina jurisprudencial sentada en la de 8 de marzo. No son en puridad novedosas sus tesis, pero sí creo que suben un peldaño (o algo más) en la discrepancia jurídica sobre la interpretación del art. 53.1 de la LET que ya se había manifestado en sentencias anteriores.

En primer lugar, se expresa el rechazo de la tesis de una interpretación literal del art. 53.1 de la LET, por entender que deja sin contenido "la remisión expresa y plena, sin matizaciones ni especialidades, que de forma directa el art. 51.4 ET ("... el empresario podrá notificar los despidos individualmente a los trabajadores afectados, lo que deberá realizar conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de esta ley ") y de forma indirecta por remisión realiza el art. 124.13 LRJS al art. 53.1 ET, entre cuyos requisitos se encuentra la obligación de comunicación a los RLT contemplada en su apartado 1.c)". Es decir, no se acepta una interpretación literal y descontextualizada de su necesaria relación con otros preceptos tanto sustantivos como procesales.

En segundo término, se rechaza también la disminución y limitación del derecho a la información de la representación del personal que la tesis de la mayoría conlleva, por considerar que no tiene base jurídica, no hay "norma legal expresa que lo posibilite", y se apoya en una amplia doctrina jurisprudencial para defender el ejercicio de tal derecho en orden a conocer si la empresa ha actuado correctamente cuando ha procedido al despido objetivo tras un PDC. Ese rechazo y discrepancia lleva lógicamente a cuestionar frontalmente la tesis de que estamos ante exigencias vinculadas a un despido individual y no ante un debate sobre la dimensión institucional o colectiva de tal derecho. La información se integra en el haz de derechos que se reconocen a los representantes de los trabajadores, y por lo que respecta a las representaciones sindicales se integra dentro del derecho fundamental de libertad sindical, en cuanto que disponer de tal información debe facilitar el correcto ejercicio de la actividad representativa. De aceptar la tesis de la sentencia, es decir de deber ser la representación laboral la que solicite tal información a la empresa, podríamos encontrarnos incluso ante la caducidad de la acción de despido si el trabajador individualmente considerado no ha ejercido su derecho a la impugnación si la comunicación no se ajustara a derecho, algo que sí podría controlarse mejor, en su tarea representativa y de asesoramiento e información a sus representados, por los representantes del personal si disponen del escrito y pueden examinar si se produce una vulneración de la normativa aplicable o incluso una vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas. La información "a posteriori", y además siempre y cuando se solicite por la representación social (con lo que no de solicitarse, o de no existir aquella, el trabajador queda desprotegido en la vertiente colectiva) no es desde luego el mejor antídoto para evitar posibles actuaciones discriminatorias, y en este punto enfatiza su tesis el voto discrepante con mención expresa a varias Directivas comunitarias sobre la materia.

En este "fuego jurídico cruzado" de argumentos, el voto particular no pierde oportunidad para rechazar una crítica que probablemente sus firmantes hayan oído en los debates sobre la elaboración de la sentencia, cual es que efectúan una interpretación formalista de la norma respecto a la comunicación que debe recibir la representación del personal cuando ellos critican las interpretaciones literalistas que, a su parecer, efectúa la mayoría de la Sala. No se cierran en banda, de manera inteligente a mi parecer, los firmantes del voto discrepante, ya que aceptan que tal información, el requisito formal, no sea estrictamente necesario en empresas de reducida dimensión, cuando sean pocos los trabajadores afectados, o incluso cuando las partes hayan llegado a acuerdos sobre este punto durante el proceso negociador del período de consultas, pero sí rechazan que una

determinada interpretación jurisprudencial sirva para derogar de facto un requisito legalmente establecido en orden a facilitar tanto los derechos de cada trabajador afectado como el ejercicio de la tarea representativa, y por tanto de defensa de los intereses de sus representados, de la representación laboral. En suma, y por decirlo con las propias palabras del voto, se acepta que pueda "flexibilizarse la exigencia del referido requisito si pudiera interpretarse que su finalidad se ha alcanzado plenamente por otros medios", y se rechaza que "se derogue " jurisprudencialmente con carácter general el referido requisito".

La aplicación de esta tesis al caso concreto, en el que ha quedado claro tras la lectura del voto particular que para sus firmantes no concurrían las circunstancias que permitían tal flexibilización "hubiera debido comportar la declaración de improcedencia de los despidos efectuados".

7. Concluyo. Sigue pues el conflicto, jurídico, en el seno de la Sala de lo Social del TS, al menos en asuntos de especial relevancia en punto al ejercicio de determinados derechos por la parte trabajadora. Sigue, en definitiva, la polémica jurídica. Mientras tanto, buena lectura de la sentencia.

## 2.6. Despido individual. Indemnización.

### *2.6.1. Indemnización por despido improcedente y contrato formalizado antes del 12 de febrero de 2012: ¿regreso a los orígenes de la reforma laboral? Nota a la sentencia del TS de 18 de febrero de 2016 y su nueva interpretación de la disposición transitoria quinta de la Ley 3/2012.*

1. Abordo el examen de la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 16 de febrero, de la que fue ponente el magistrado Antonio V. Sempere (en Sala integrada también por la magistrada Rosa Virolés y los magistrados Luís Fernando de Castro, José Luís Gilolmo y Ángel Blasco).

Se trata, sin duda, de una sentencia importante y que será de especial interés, con independencia del parecer que les merezca, para los profesionales del mundo jurídico laboralista, dado que aborda cómo debe interpretarse la que en su momento fue la disposición transitoria quinta de la Ley 3/2012 de 6 de julio y ahora es la disposición transitoria undécima del Real Decreto legislativo2/2015 de 23 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, que se refiere a las "indemnizaciones por despido improcedente". El resumen oficial de la sentencia, aún no disponible en CENDOJ cuando redacto esta nota pero síya disponible en las redes sociales y que por ello puede ser leída íntegramente por todas las personas interesadas, es el siguiente: "TEMA.- Indemnización por despido improcedente de indefinido no fijo, aplicando la DTr 5ª de la Ley 3/2012. PUNTOS DESTACADOS.- 1) Hechos probados que son erróneamente interpretados por la sentencia de suplicación. 2) Extinción del contrato de indefinido no fijo. Despido improcedente. 3) Indemnización a quien trabaja desde 1993: lo devengado en febrero de 2012 actúa como tope, por sobrepasar 720 días, aunque no se alcancen las 42 mensualidades. NOTA.- Clarifica y concuerda STS 29 septiembre 2014 (rec. 3065/2013) y STS 2 de febrero de 2016 (rec. 1624/2014)".

2. Recordemos en primer lugar, antes de proceder a la explicación de la sentencia de 18 de febrero, cuál es el contenido de la disposición objeto de interpretación por el TS: "1. La indemnización por despido prevista en el artículo 56.1 será de aplicación a los contratos suscritos a partir del 12 de febrero de 2012. 2. La indemnización por despido improcedente de los contratos formalizados con anterioridad al 12 de febrero de 2012 se calculará a razón de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a dicha fecha, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, y a razón de treinta y tres días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior, prorrateándose igualmente por meses los periodos de tiempo inferiores a un año. El importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a setecientos veinte días de salario, salvo que del cálculo de la indemnización por el periodo anterior al 12 de febrero de 2012 resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplicará este como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a cuarenta y dos mensualidades, en ningún caso.

3. A efectos de indemnización por extinción por causas objetivas, los contratos de fomento de la contratación indefinida celebrados con anterioridad al 12 de febrero de 2012 continuarán rigiéndose

por la normativa a cuyo amparo se concertaron. En caso de despido disciplinario, la indemnización por despido improcedente se calculará conforme a lo dispuesto en el apartado 2".

En la exposiciónde motivos del RDL 3/2012, sin cambios en la de la Ley 3/2012, puede leerse lo siguiente: "Las nuevas reglas sobre la indemnización por despido improcedente se aplican a los contratos celebrados a partir de la entrada en vigor del presente real decreto-ley. Para el caso de los contratos celebrados con anterioridad a dicha fecha, la indemnización se seguirá calculando de acuerdo con las reglas anteriormente vigentes, si bien tan sólo con respecto al tiempo de servicios prestados antes de la entrada en vigor de esta norma. Para el tiempo de servicios restante, se tendrán en cuenta la nueva cuantía de 33 días por año de servicio. Con estas reglas, se es respetuoso con el principio de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 14 de la Constitución Española, al tiempo que se tienen en cuenta las expectativas indemnizatorias de los trabajadores con contrato en vigor".

En mi primeravaloración del RDL 3/2012 expuse al respecto lo siguiente: "E) La ministra Fátima Báñez calificó la reforma de "histórica" y no le voy a negar que dentro de algunos años se hablará de la historia de la desaparición de la indemnización de 45 días de salario por año trabajado y un máximo de 42 mensualidades como un triunfo de las tesis que han defendido a capa y espada quienes argumentan que el alto coste del despido es el argumento principal para la no creación de empleo, olvidando que la creación de puestos de trabajo guarda relación con la mejora de la situación económica y que la normativa laboral, en concreto la relativa al empleo, es una parte muy limitada en influencia sobre la mejora de la ocupación, tal como apunté en una entrevista en TVE poco antes de conocer el texto de la norma. A partir de hoy la indemnización para los nuevos contratos, en caso de despido declarado improcedente, se fija en 33 días de salario/año y un máximo de 24 mensualidades, es decir (no conviene olvidarlo ciertamente) la que ya existía para el contrato de fomento de la contratación indefinida. Para los contratos ya existentes se prevé un doble régimen de cuantía por año, 45 días para el período anterior a la entrada en vigor del RDL y 33 días para el resto. Además, la disposición transitoria quinta fija en tales casos una cuantía indemnizatoria de 720 días, que sólo podrá exceptuarse cuando del cálculo de la indemnización por el período anterior al RDL resultara un número de días superior, "en cuyo caso se aplicará este como importe indemnizatorio máximo", y en cualquier caso el importe no podrá nunca ser superior a 42 mensualidades. La reducción de la indemnización va acompañada de la modificación relativa al abono de los salarios de tramitación, a los que el trabajador tendrá derecho sólo si la empresa opta por la readmisión (salvo el supuesto de los representantes de los trabajadores, que tienen la opción de elegir, que recibirán los salarios de tramitación tanto en caso de readmisión como de extinción del contrato con indemnización)".

4. El interés práctico de la sentencia radica esencialmente en el fundamento de derecho tercero, apartado C), en el que la Sala, "con ánimo de clarificar nuestra doctrina", contenida en dos anteriores sentencias de 29 de septiembre de 2014 y 2 de febrero de 2016, considera que "interesa que precisemos el alcance que consideramos adecuado a la citada disposición transitoria" (5º de la Ley 3/2012).

La Sala califica de "primera aproximación al tema" la sentencia de 29 de septiembre de 2014, de la que fue ponente la magistrada Milagros Calvo, entendiendo por "tema" cómo debe interpretarse la norma intertemporal que es la citada disposición transitoria 5º, dirigida según la Sala a "dulcificar la rebaja de la cuantía indemnizatoria que la Ley 3/2012 llevó a cabo (de 45 a 33 días por año, de 42 a 24 mensualidades)", y explica que en la misma dicha "aproximación" consistió en interpretar la norma de tal manera que "si el día 12 de febrero de 2012 se hubieran superado los 720 días indemnizatorios (aplicando el módulo de 45 días por año) sería posible seguir devengando indemnizaciones (a razón de 33 días por año) hasta alcanzar el módulo de las 42 mensualidades".

Con posterioridad, y muy cercana en el tiempo a la ahora anotada, se dicta la sentencia de 2 defebrero de 2016, en la que "hemos advertido que el importe indemnizatorio por el período de servicios anterior al 12 de febrero de 2012 no puede ser superior a cuarenta y dos mensualidades en ningún caso, con independencia de que posteriormente se hayan prestado servicios". En efecto, el fundamento de derecho sexto de la citada sentencia, de la que fue ponente la magistrada María Luisa Segoviano, es el siguiente: "Por todo lo razonado procede la estimación del recurso formulado, casar y anular la

sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimar el recurso de tal clase interpuesto por la representación letrada de DOÑA Hortensia, declarando que el cese de la trabajadora, por cumplimiento de la edad de 70 años, constituye un despido improcedente, a tenor de lo establecido en el artículo 55.4 del Estatuto de los Trabajadores , con las consecuencias legales previstas en el artículo 56 de dicho texto legal , teniendo en cuenta lo establecido en la DT quinta, apartado 2, de la Ley 3/2012, de 6 de julio -actualmente DT undécima del RD Legislativo 2/2015, de 23 de octubre - especialmente el último párrafo, que señala que el importe indemnizatorio por el periodo de servicios anterior al 12 de febrero de 2012, no podrá ser superior a cuarenta y dos mensualidades en ningún caso, con independencia de que con posterioridad se hayan prestado servicios".

5. La sentencia de 18 de febrero se dicta con ocasión del recurso de casación de unificación de doctrina interpuesto por un trabajador del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ catalán el 20 de junio de 2014, aclarada mediante auto de 23 de junio, que estimó el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de Girona el 8 de noviembre de 2013 en procedimiento por despido.

Se trata de un conflicto jurídico derivado de la amortización del puesto de trabajo que ocupaba el demandante, siendo desestimada la demanda por el juzgado y estimado el recurso por el TSJ al considerar que se trataba de un despido improcedente y condenando a la empresa a la readmisión o a la indemnización, en una cuantía que será justamente la que motive el debate jurídico al que se enfrenta el TS para dar a partir de ahí la nueva respuesta, nueva doctrina, a cómo debe interpretarse la disposición adicional 5º. Ya adelanto, aunque no sea la cuestión nuclear, ni mucho menos, de este comentario, que la sentencia estima, contra el criterio del Ministerio Fiscal que abogaba por la consideración de improcedente, el RCUD e incrementa la cuantía de la indemnización desde los 79.471,94 euros fijadas por el TSJ hasta 94.219, como consecuencia de tomar en consideración a los efectos de su fijación un período temporal entre dos contratos que no lo había sido hecho por el TSJ.

El debate en instancia versó sobre el reconocimiento al trabajador, que tenía en el momento de su finalización contractual un contrato de interinidad, de la condición de trabajador indefinido no fijo, tesis aceptada por el juzgador, y en suplicación la estimación del recurso versó sobre la fijación de una indemnización por la extinción (= despido) al no haberse seguido los tramites procedimentales previstos en los arts. 51 y 52 de la LET. Dado que la doctrina del TSJ es plenamente adecuada a la sentada por el TS desde su sentencia de 24 de junio de 2014 en el asunto litigioso que enfrentó a la parte trabajadora con su empleador la Universidad Politécnica de Madrid (remito a mi comentario sobre dicha sentencia), es comprensible que el RCUD presentado también por la parte empresarial fuera objeto de renuncia por su parte el 7 de octubre de 2015, teniéndole por ello por desistido del mismo.

Como pueden comprobar los lectores y lectoras del blog, hasta ahora no ha surgido el debate sobre la interpretación de la disposición transitoria quinta, y no aparecerá hasta que la Sala decida que puede entrar en ese análisis por discrepar tanto del contenido de la sentencia recurrida como del de la sentencia de contraste.

Expliquemos antes que el RCUD interpuesto por la parte trabajadora aportaba como sentencia de contraste la dictada por el TS el 16 de abril de 1999, y ponía de manifiesto, como ya he apuntado, que la sentencia del TSJ catalán había cometido un error en el cálculo de la indemnización a percibir por el trabajador, porque la antigüedad a computar era realmente superior a la tenida en cuenta en suplicación (vid fundamento de derecho primer 4). El Ministerio fiscal adujo la improcedencia de tomar en consideración el recurso en cuanto que la Sala no podía entrar a resolver "una cuestión que no había sido debatida en suplicación".

5. La Sala procede en primer lugar a un explicación muy didáctica y académica sobre el "presupuesto y alcance del recurso de casación unificadora", estudiando, y explicando su parecer, "1) el modo en que ha de apreciarse la contradicción entre sentencias; 2) la necesidad de que lo debatido se haya planteado en suplicación; 3) la imposibilidad de revisar los hechos probados; 4) los márgenes de solución a que lleguemos".

Al objeto de saber cómo llegará la Sala a entrar en la interpretación de la disposición transitoria 5º es necesario acudir al apartado D) del fundamento de derecho segundo, en el que concluye que, ante una situación, como la que luego expondrá que se da en este caso concreto, el TS no coincide exactamente con las tesis mantenidas en la sentencia recurrida y en la de contraste, podrá aplicar aquella doctrina que considera correcta, acudiendo en apoyo de su tesis a la propia doctrina del TS en anteriores sentencias, y también a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Sobre la primera, se recoge que "superado el requisito de contradicción, es evidente que esta Sala no queda obligada a aceptar una de las dos doctrinas formuladas por las sentencias comparadas», sino que «debe pronunciarse sobre la solución más ajustada a Derecho para el caso controvertido, que [...] establezca como doctrina unificada». Así se dice, por ejemplo, en SSTS 14 julio 1992 (rec. 2273/1991), 11 febrero 2014 (rec. 323/2013) o 23 junio 2014 (rec. 1257/2013, Pleno)", Sobre la segunda, y más exactamente sobre la interpretación defendida por el TS, la Sala destaca que el TC la considera correcta y sin suponer en modo alguno incongruencia, ya que, en atención a la peculiar naturaleza del RCUD "Resulta claro que el Tribunal Supremo no tiene la carga de tener que optar por una de las dos opciones contrarias, pudiendo recrear una doctrina propia totalmente diferente de las mantenidas por los Tribunales inferiores», siempre que resuelva «el debate planteado en suplicación" (STC 172/1994, de 7/Junio, FJ 3).

Sentada doctrina, con apoyo de resoluciones anteriores de la Sala y del TC, sobre la posibilidad de dictar una sentencia con la "correcta doctrina", aunque no sea la recogida en las sentencias recurrida o de contraste, el TS procede al estudio de la sentencia de contraste y de la sentencia recurrida, y enfatiza, aunque después irá por una senda jurídica contraria, que el informe del Ministerio Fiscal "subraya que la sentencia recurrida en ningún momento examinó la posibilidad del cómputo íntegro de los servicios prestados a través de la cadena de contratos, sino que simplemente se limitó a fijar la antigüedad en una fecha determinada, sin motivación alguna, atendiendo a los hechos probados de la sentencia de instancia. Esta circunstancia impide resolver ahora la cuestión así planteada, al no haberse pronunciado sobre la misma la sentencia recurrida".

¿Y cómo entrará a conocer del conflicto el TS entonces, si no puede revisarse en un RCUD los hechos declarados probados? Pues con una manifestación de que no estamos ante una revisión, sino que puede entrarse a conocer del RCUD porque estamos en presencia, en los mismos, de un "mero error material", siendo así que los hechos declarados probados "vienen formulados con evidente error y discordancia interna", y por ello, y, como expresamente manifiesta la sentencia "a pesar de todo lo anterior", es decir de haber explicado las limitaciones de poder entrar a revisar los hechos probados, la sentencia afirma, y ello le sirve para entrar posteriormente en la (a mi parecer, deseada) interpretación de la disposición transitoria quinta, que "el dato que la parte actora pretende hacer valer en este recurso extraordinario es cierto pues así se deduce de lo alegado en la demanda (hecho primero) y de la documental aportada (docs 5, 6 y 7) donde consta que celebró dos prórrogas del contrato firmado el 04/01/1993 con fecha de finalización del 03/01/1994 y prorrogado hasta el 03/01/1996, celebrando las partes un nuevo contrato el 04/01/1996", por lo que concluye, y vuelvo a mi explicación anterior, para la Sala "… es claro que se trata de un mero error material".

En una interpretación altamente antiformalista, y que está por ver si va a aplicarse en nuevas sentencias a partir de ahora, la Sala afirma que existe contradicción entre ambas sentencias ya que una no tiene en cuenta el cómputo de la antigüedad y otra sí. Reproduzco el párrafo del fundamento de derecho segundo en el que basa esencialmente su tesis la sentencia, para que los lectores y lectoras comprueben el elevado antiformalismo del que hace gala la Sala para poder entrar a conocer después la interpretación de la disposición transitoria relativa al cómputo de la indemnización por despido improcedente en relaciones contractuales iniciadas con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma laboral: "La sentencia de suplicación parte precisamente del dato de que el trabajador es indefinido no fijo, sin cuestionarlo, por lo que el razonamiento que realiza el juez a quo en el Fundamento Segundo es una premisa que ha de ser considerada en su globalidad, y no sólo su argumentación jurídica. Aunque consignados en lugar inadecuado, los hechos en que se basa la fundamentación deben ser considerados como probados, de acuerdo con nuestra doctrina constante".

Obsérvese, y lo dejo sólo apuntado, como el antiformalismo lleva a que el razonamiento que realiza el juzgador debe ser valorado "en su globalidad y no sólo su argumentación jurídica". Una buena frase para un estudio más detallado, ¿no les parece?

Aceptada la contradicción entre las dos sentencias, la Sala procede a realizar el cálculo de la indemnización de acuerdo a la toma en consideración del nuevo (= superior) período de cómputo, y dado que la antigüedad para dicho cómputo se inicia a partir del 4 de enero de 1993 y se extiende en el tiempo hasta el 24 de marzo de 2013, fecha de la extinción del contrato del trabajador afectado, es obligado acudir a la disposición transitoria 5ª de la Ley 3/2012, norma de aplicación en el momento en que se produjo el conflicto tal como también se recoge en el auto de aclaración del TSJ, del que la Sala afirma que posee un "escueto razonamiento jurídico", en cuanto que "se limita a exponer que resulta aplicable al caso lo previsto en la Disposición Transitoria 5ª de la Ley 3/2012". Una vez "interpretada" dicha disposición en los términos que expondré a continuación, se procede por la Sala al cálculo concreto de la indemnización en el caso litigioso, del que resultará la cantidad antes indicada de 94.219 euros.

6. Si las lectoras y lectores del blog interesados en conocer la nueva doctrina del TS sobre cómo debe calcularse la indemnización en un caso de despido improcedente de trabajador contratado con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma laboral han tenido paciencia para llegar hasta aquí, ya es el momento de recoger dicha interpretación, que a mi parecer es un regreso a los orígenes, o dicho de otra forma a la tesis defendida por el legislador de la reforma laboral de 2012, aunque no se recogiera con la suficiente precisión y claridad.

La Sala parte en su interpretación de una premisa obvia, que la norma sólo es de aplicación a contratos celebrados con anterioridad al 12 de febrero de 2012, tomando como punto de referencia a efectos del período de antigüedad del trabajador el inicio del período computable, que no es otro, añado yo ahora, que el del primer contrato que se tome en consideración. A partir de esta premisa previa, en los casos de indemnización que debe abonarse cuando concurren períodos anteriores y posteriores al 12 de febrero de 2012 (como es el que nos ocupa), "el importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a 720 días de salario" (las comillas ya aparecen en el texto de la sentencia), salvo cuando la indemnización que pudiera percibir el trabajador por la antigüedad computada en el período anterior al 12 de febrero de 2012 sea superior a 720 día de salario, en cuyo caso "de manera excepcional… puede obviarse", dice la sentencia.

Siguiendo con el razonamiento interpretativo de la disposición transitoria quinta, el regreso a los orígenes a mi parecer como ya he indicado y facilitado en gran medida por la carencia de argumentación de la sentencia de 29 de septiembre de 2014 para defender la tesis recogida en la misma, el tope de los 720 días de salarios como indemnización máxima se mantendrá tanto si no se ha superado en el periodo anterior al 12 de febrero de 2012 como si se superara tomando en consideración el período trabajado con posterioridad a dicha fecha (tesis, pues, contraria a la defendida en la sentencia de 29 de septiembre de 2014).

Al primer "tope indemnizatorio", los 720 días de salario, se añade un segundo en la interpretación de la Sala, el de un máximo de 42 mensualidades, de forma que este límite mensual operará para los contratos iniciados antes del 12 de febrero de 2012 y que superen al llegar a esa fecha, a efectos del cómputo de antigüedad, los 720 días de salario por indemnización. Si el supuesto es el de un trabajador que no alcanza los 720 días antes de aquella fecha, pero sí los superara con posterioridad, el tope de los 720 días es obligatorio en cualquier caso, con la única diferencia (importante diferencia) respecto al primer supuesto, que la cuantía de la indemnización se calculará a razón de 45 días de salario por año de servicio hasta la entrada en vigor de la reforma laboral y de 33 días a partir de esa fecha, y los períodos inferiores a un año se prorratearán por meses en ambos supuestos.

En cualquier caso, y como reflexión personal que enlaza con la argumentación de la sentencia, la pretendida "dulcificación" de la reforma con dicha disposición no me lo parece tanto, ni mucho menos, cuando de operar la tesis interpretativa defendida por la Sala (que reconoce, al calcular la indemnización debida en el caso concreto, que se trata de una "comprobación práctica e inmejorable de las dificultades interpretativas que la norma en cuestión suscita"), y deseada por el legislador a mi

parecer, quedan fuera del cómputo indemnizatorio períodos trabajados cuando la cuantía derivada de la antigüedad supere los 720 días de salario. Que ello es así lo reconoce con meridiana claridad la sentencia ahora analizada en el apartado E) del fundamento de derecho tercero: "De acuerdo con lo razonado en el apartado anterior, aunque no se hubiera alcanzado el máximo indemnizatorio absoluto de las 42 mensualidades, el tiempo de servicios posterior a 12 de febrero de 2012 es inhábil para acrecentar la cuantía fijada. Dicho de otro modo: al entrar en vigor la reforma legislativa de 2012 (Real Decreto-Ley 3/2012, respetado por Ley 3/2012) el trabajador ha prestado servicios por tiempo superior a 19 años y eso provoca que el ulterior trabajo resulte inocuo desde la perspectiva de la Disposición Transitoria Quinta aplicable al caso".

7. Queda ahora por saber si la litigiosidad derivada de la interpretación de la disposición transitoria 5ª llevará al TS a pronunciarse en Sala General, algo que presumo que puede producirse y en un plazo no excesivamente largo. Pero, esta es, nuevamente una mera hipótesis.

## 2.7. Convenios colectivos. Ultraactividad.

### *2.7.1. Ultraactividad. Notas a la primera sentencia (22 de diciembre de 2014) del Tribunal Supremo. Sobre la vigencia del convenio denunciado. Mantenimiento de las condiciones recogidas en contrato.*

1. El viernes 23 de enero fue difundida (y nunca mejor utilizada esta palabra) en los ámbitos jurídicos la primera sentencia, de fecha 22 de diciembre de 2014, dictada porla Sala de lo Social del Tribunal Supremo referente a la denominada ultraactividad de los convenios colectivos denunciados antes de la entrada en vigor de la Ley 3/2012 de 6 de julio, de la que ha sido ponente la magistrada Rosa Virolés. La sentencia ya se encuentra publicada en la base de datos delCENDOJ.

El resumen oficial de la sentencia es el siguiente: "Conflicto colectivo. Convenio Colectivo de la empresa Atención y Servicios SL (ATESE). Fin de la Ultraactividad. Inexistencia de convenio de ámbito superior. Determinación de si procede que la empresa abone la nómina de julio (mes en que el convenio expiraba en su vigencia en ultraactividad en aplicación del art. 86.3 ET), en dos partes, aplicando hasta el 7 de julio de 2013 las condiciones salariales del convenio y a partir del 8 de julio de 2013 las condiciones establecidas en el Estatuto de los Trabajadores. Los derechos y obligaciones de los trabajadores son aquellos por los que se rigió su contratación, plasmados en el contrato de trabajo bien de forma expresa, bien por remisión al Convenio Colectivo de aplicación. Votos Particulares". El Ministerio Fiscal, en su preceptivo informe, había solicitado la estimación del recurso, tesis que como acaba de indicarse no es la recogida por la sentencia.

La sentencia cuenta con dos votos particulares concurrentes, suscritos por los magistrados Luis Fernando de Castro y Miguel Angel Luelmo, y dos votos particulares, siendo sin duda el de mayor entidad de estos dos últimos el firmado por el magistrado Antonio V. Sempere Navarro y al que se adhieren otros cuatro magistrados (Jesús Gullón, José Luís Gilolmo, José Manuel López y Jesús Souto). El segundo voto particular está suscrito por la magistrada Milagros Calvo.

2. Como he explicado en anteriores entradas del blog, pero me parece importante reiterar ahora para enmarcar adecuadamente la explicación de la resolución del alto tribunal, la sentencia del TS se dicta con ocasión del recurso de casación interpuesto por la empresa Atención y Servicios (ATESE) contra la sentencia dictada el 20 de diciembre de 2013 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares. El litigio versó sobre la conformidad o no a derecho de la decisión empresarial de abonar la remuneración salarial debida a sus trabajadores del mes de julio en cuantía distinta desde el día 8 de la abonada en los días 1 a 7 del mismo mes y de los seis meses anteriores de año. Más exactamente, la empresa abonó la remuneración debida del 8 al 31 de julio aplicando "las condiciones establecidas en el Estatuto de los trabajadores". La decisión empresarial encuentra su razón de ser, según se deduce de los documentos aportados por la parte demandante y de los que se deja debida constancia en los hechos probados (siendo imposible conocer la postura de la empresa más allá de esos documentos, dada su incomparecencia al acto del juicio) en su consideración de que el convenio colectivo de empresa, con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2001 y con previsión de prórroga tácita anual mientras no hubiera denuncia expresa por alguna de las partes con un mes de antelación a la

finalización de su vigencia o de cualquiera de las prórrogas (art. 5), había concluido su período de ultraactividad previsto por el art. 86.3 de la LET (un año desde la denuncia) en cuanto que la empresa había procedido justamente a su denuncia el 5 de noviembre de 2012. Queda debida constancia en el fundamento de derecho segundo que no existía convenio colectivo de ámbito superior al de empresa que pudiera ser de aplicación en los términos expresamente introducidos por la reforma laboral en el art. 86.3 de la LET. La decisión empresarial fue impugnada por el sindicato USO-IB por considerar que se trataba de una modificación sustancial de condiciones de trabajo carente de cobertura en el ordenamiento jurídico, solicitando su nulidad y con petición de condena a la empresa, de tal manera que se repusiera a los trabajadores afectados por el conflicto colectivo "a las condiciones que disfrutaban con anterioridad, durante la vigencia del expresado convenio colectivo". La parte demandante entendía, según puede leerse el fundamento jurídico tercero, que las condiciones de trabajo que disfrutaban los trabajadores desde la entrada en vigor del convenio colectivo "son las que se pactaron en sus contratos de trabajo, y han pasado a formar parte de su acervo patrimonial, mientras dure su relación laboral". Obsérvese, pues, que el debate parece centrarse en la llamada "contractualización" de las condiciones convencionalmente pactadas y aplicadas en virtud del valor jurídico normativo del convenio a todos los trabajadores, y por consiguiente su no desaparición jurídica aunque haya transcurrido el período de ultraactividad de un año previsto, salvo pacto en contrario, en el art. 86.3 de la LET. Pero, insisto, no adelantemos acontecimientos respecto a la sentencia del TS hasta conocer íntegramente su contenido.

¿Cuál es el fundamento jurídico de la sentencia del TSJ balear para estimar la demanda y declarar "no ajustada a derecho la conducta empresarial al abonar la nómina de julio 2013, al dividirla en dos periodos, del 1 al 7 de julio con arreglo a las condiciones del Convenio Colectivo de empresa, y del 8 al 31 de julio en la que se aplica las condiciones establecidas en el Estatuto de los Trabajadores y repongan a los trabajadores afectados por el conflicto colectivo, a las condiciones que disfrutaban con anterioridad, durante la vigencia del expresado Convenio Colectivo"? Pues lisa y llanamente una remisión a la doctrina contenida en la sentencia del TSJ del País Vasco de 26 de noviembre de 2013 (que incluye a su vez otra remisión a su sentencia anterior del día 19 del mismo mes) por considerar que el litigio del que conoció el tribunal vasco es idéntico al que ha debido conocer el tribunal balear. Reproduzco el fragmento relevante de dicho fundamento jurídico "de remisión": Tal cuestión litigiosa ha sido objeto de tratamiento en la sentencia del TSJ del País Vasco de 26 de noviembre de 2013 (nº 2065/2013 ), al declarar que "la modificación legal operada en cuanto a la vigencia de los convenios colectivos no busca la supresión de la negociación colectiva sino su uso para la adaptación de las condiciones de trabajo a las nuevas circunstancias, hemos de considerar que la voluntad del legislador no ha ido dirigida a llenar los vacíos generados tras la pérdida de vigencia de los convenios con la normativa básica (Estatuto de los Trabajadores), que, como es sabido, tampoco da cobertura a muchos aspectos fundamentales de la relación laboral o que, en algunos de ellos, incluso hace una remisión a la negociación colectiva. Por lo tanto, la solución que debe prevalecer es la cobertura de las condiciones laborales mantenidas entre los trabajadores y empresas afectadas -salvo en las materias que sean objeto de regulación por el convenio colectivo de ámbito estatal, y en tanto se suscriba por las partes negociadoras un nuevo convenio provincial del sector de limpieza de edificios y locales de Gipuzkoa- mediante la aplicación transitoria del anterior convenio colectivo que perdió su vigencia. De seguirse la fórmula de cobertura señalada por la demandada, como ya ha señalado esta Sala en sentencia de 19 de noviembre de 2013 (demanda 37/2013), se podría entrar en la dinámica de la libre negociación de las condiciones de trabajo con los representantes unitarios o, directamente, con los trabajadores, con el consiguiente riesgo del surgimiento de desequilibrios y en perjuicio de la negociación colectiva desarrollada por los sindicatos y propiciada por el legislador. La instauración de las condiciones mínimas previstas en el Estatuto de los Trabajadores, lejos de favorecer la consecución de un nuevo convenio de ámbito provincial, provocaría una incertidumbre contraria a la productividad y a la paz social".

3. El recurso de casación se interpone al amparo de los apartados d) y e) del art. 207 de la Ley reguladora de la jurisdicción social. En el primer motivo del recurso se solicita revisión de hechos probados, tesis aceptada por el TS "al deducirse claramente de los documentos que se invocan". Más concretamente, hay un error de transcripción en la sentencia de instancia referido a las fechas de

denuncia del convenio colectivo, de la constitución de la comisión negociadora y de la pérdida de su vigencia. En cuanto al segundo motivo se alega infracción de la normativa aplicable, más exactamente los arts. 86.3 de la Ley del Estatuto de los trabajadores y la disposición final cuarta de la Ley 3/2012, argumentando que el convenio había finalizado su vigencia y por consiguiente sus condiciones "no pueden seguir aplicándose como si se tratara de un derecho adquirido", rechazando la aplicación de la sentencia del TSJ del País vasco, en la que se funda la del TSJ balear, por abordar una cuestión distinta a la del litigio ahora en cuestión, ya que versaba sobre "si es ajustada a derecho la aplicación de un convenio colectivo de empresa, regulándose en el mismo la aplicación de dicho convenio hasta que se firme otro nuevo".

4. En el fundamento de derecho primero la Sala centra con prontitud y corrección jurídica el debate: "La cuestión a resolver se centra en determinar si el Convenio colectivo de aplicación denunciado el 5 de noviembre de 2010 continúa en ultraactividad superado el 8 de julio de 2013, es decir, cumplido el año desde la entrada en vigor de la Ley 3/2012, como defiende la parte actora, alegando que el artículo 86.3 del ET regula un régimen de ultraactividad limitada sólo en defecto de pacto, entendiendo la parte actora que existe dicho pacto, por lo que no sería de aplicación la DT 4ª de la Ley 3/2012 de 6 de julio".

A) Sigo el hilo argumental de la sentencia y formulo, en su caso, mis aportaciones personales. Tras explicar brevemente las modificaciones operadas en el art. 86.3 de la LET primero por el RDL 3/2012 y después por la Ley 3/2012 (con un cambio de no menor importancia, cual es la reducción de la duración de la ultraactividad de los convenios de dos a un año), la Sala efectúa unas reflexiones doctrinales previas a entrar en el caso enjuiciado, y que desde luego no son de menor importancia: en primer lugar "qué debe entenderse por convenio colectivo de ámbito superior", en el bien entendido que no es de aplicación al caso porque no existía tal convenio pero sin duda las preguntas son relevantes y hay ya aportaciones judiciales relevantes al respecto por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional (sentencia de 31 de marzo de 20143): ¿se refiere al ámbito territorial o funcional, o a los dos conjuntamente, o si hay que elegir uno de los dos cuál debe prevalecer?, y en el supuesto, nada improbable añado yo ahora, de que haya más de un convenio de ámbito superior (ej: provincial y estatal) ¿será de aplicación el inmediatamente superior o el más superior de todos los existentes?

B) La segunda, y más relevante sin duda para el caso enjuiciado, es la de determinar qué ocurrirá en un caso como el enjuiciado, en el que hay un convenio denunciado y no existe convenio de ámbito superior, decidiendo la empresa aplicar la normativa laboral general respecto a las condiciones salariales. El TS se pregunta, porque parece que no lo tiene tan claro como parecía tenerla la famosa exposición de motivos de la Ley 3/2012, que ocurre en casos como este, o dicho con sus propias palabras "¿cómo se regularán a partir de la pérdida de vigencia del convenio en cuestión los respectivos derechos y obligaciones de las partes", y queda ya muy claro de entrada que el TS no comparte la tesis del legislador respecto a la inexistencia de problema por aplicación de la normativa laboral general, ya que afirma expresamente que se trata ahora "de colmar la laguna legal consistente en que el legislador no ha dicho absolutamente nada respecto a dicha situación que, desde luego, a nadie se le escapa que es verdaderamente problemática".

C) De forma muy resumida, pero que recoge muy bien los amplios debates doctrinales y las resoluciones judiciales de la AN, TSJ y JS dictadas hasta la fecha, la Sala advierte de la existencia de dos corrientes jurídicas respecto a la interpretación del reformado art. 86.3 de la LET, que califica de "rupturistas" y "conservacionistas", metiendo en el primer bloque a la doctrina (y en ella encontramos las aportaciones de uno de los magistrados de la Sala antes de acceder a la misma, el profesor Sempere Navarro) y a las (pocas) sentencias que han sostenido que "dichos derechos y obligaciones de las partes pasarán a regirse exclusivamente por las normas estatales legales y reglamentarias, haciendo tabla rasa de las condiciones laborales existentes con anterioridad en el ámbito del convenio colectivo fenecido". En el segundo (en el que, ciertamente con muchos y variados matices, está presente gran parte de la doctrina iuslaboralista y la gran mayoría de las resoluciones judiciales dictadas desde la pionera sentencia de la AN de 23 de julio de 2013) se incluye por el TS a quienes defienden que "dichas condiciones laborales (expresión equivalente, aunque más breve, a la más precisa de: los respectivos derechos y obligaciones de las partes) que venían rigiendo con anterioridad a la pérdida de vigencia

del convenio colectivo en cuestión deberán mantenerse puesto que forman parte del sinalagma contractual establecido entre las partes".

El TS se decanta por la segunda tesis y pone el acento a mi parecer tanto en la importancia de la regulación de la condiciones de trabajo en el contrato, ya sea directamente o por remisión expresa al texto del convenio aplicable, como al valor normativo del convenio como norma mínima de obligado cumplimiento para el contrato del trabajador al que es de aplicación. Más clara me parece que se encuentra explicada en el texto la primera tesis, pero creo que también se colige con claridad la importancia de la segunda y que llevaría a desestimar las voces que se han apresurado a sostener la pérdida del carácter o valor normativo del convenio tras esta sentencia, muy en especial en la afirmación contenida en el apartado B) del fundamento de derecho tercero al referirse, tras criticar la tesis rupturista por provocar una alteración sustancial de las condiciones de trabajo que transformaría, desequilibraría, la relación entre las partes y que podría dejar al contrato "sin los requisitos esenciales para su validez.. como son el objeto cierto que sea materia del contrato y la causa de la obligación que se establezca", que dicha alteración desequilibradora se produciría aún más "en un ámbito como el social en el que los mínimos de derecho necesario se regulan no solamente en las normas estatales sino también en los convenios colectivos, a los que el legislador remite en importantísimas materias que el ET no regula suficientemente". Afirmación que hay que poner en relación con la expuesta en el último párrafo del fundamento de derecho tercero con la tesis de que "ni muchísimo menos" la tesis defendida de contractualizacion de las condiciones de trabajo significa contradecir la tesis del legislador de que el contenido normativo del convenio pierda su vigencia y que en ese momento deja de cumplir la función nomofiláctica propia del sistema jurídico (según el diccionario de la RAE "Se dice especialmente de la función o cometido de ciertos tribunales que, al tener atribuida la competencia de definir el derecho objetivo, atienden en sus sentencias más a esta finalidad que a la cuestión concreta que enfrenta a las partes del proceso").

5. El TS no resuelve, ni lo hace ningún tribunal, en el vacío legal, pero sí tiene que enfrentarse en ocasiones a problemas para los que el legislador no ha sabido, o no ha querido, dar respuestas claras y concretas, y el art. 86.3 de la LET es un ejemplo paradigmático de esta situación (aunque no sea en su integridad la tesis del voto particular de los cinco magistrados) como se comprueba por el ingente volumen de diferentes aportaciones de la doctrina iuslaboralista y las muy ricas, intelectualmente hablando, aportaciones de la AN, TSJ y JS, señaladamente el TSJ del País Vasco como he ido explicando en el blog desde julio de 2013. No sé si el legislador "reformista" (o "rupturista", si hemos de utilizar la terminología del TS) tenía en su mente el derivar la negociación, en caso de no alcanzarse acuerdo, a un espacio de pérdida de la autonomía colectiva cuando no hubiera convenio de ámbito superior, pero ello difícilmente podría pasar el filtro tanto de la protección de ese derecho constitucional como de la ruptura total y desaparición de los derechos de los trabajadores recogidos en el contrato (imposibilidad de ruptura total a la que parece abonarse también el voto particular de cinco magistrados, que sugiere varias pistas para poder sostener el argumento jurídico del mantenimiento de los salarios del convenio denunciado, tesis que no aplica a otras condiciones contractuales y que puede llevar, y dejo planteada la hipótesis, que reiteraré más adelante, a un "troceamiento" de la regulación colectiva según la importancia que tenga un contenido del convenio (¿salario sí, jornada no, por ejemplo?).

En su argumentación doctrinal la Sala formula algunas consideraciones que me parecen obvias y que no son en absoluto de laboratorio como lo prueba tanto el propio caso enjuiciado como algún otro conocido por los tribunales (los litigios de la empresa IMESAPI serían un ejemplo significativo de ello), pero que expuestas por la boca del alto tribunal adquieren una relevancia y valor indudablemente superior. De aplicar en su literalidad las tesis rupturistas (y ya he dicho que el voto particular primero se desmarca de esa literalidad) se producirían indeseables consecuencias para ambas partes "como, entre otras, que cualquier trabajador (con independencia de la labor desempeñada y de su titulación) pasaría a percibir el salario mínimo interprofesional, podría ser obligado a realizar cualquier tipo de actividad, la jornada pasaría a ser la máxima legal, las cláusulas de horario y flexibilidad quedarían sin efecto, el empresario no podría sancionar disciplinariamente a sus trabajadores salvo que existiera causa suficiente para el despido, etc.etc". Salvo, añado yo ahora, que la reducción salarial al SMI fuera

acompañada de una degradación o modificación de las condiciones contractuales en términos claros de movilidad funcional descendente, algo para lo que sin duda no está pensado el art. 86.3 de la LET y que además provocaría sin duda (y los juristas no operamos en el vacío de un laboratorio o despacho jurídico sino con normas que han de aplicarse a empresas y personas con nombres y apellidos) un importante deterioro del clima social en la empresa.

Pero en fin, no está de más recordar que esta posible hipótesis es planteada en el segundo voto particular, emitido por la magistrada Milagros Calvo, cuando, tras defender la viabilidad del recurso de casación y la estimación de la sentencia de instancia por no existir a su parecer en el art. 86.3 de la LET "ningún elemento que por vía de interpretación teleológica o con amparo en la analogía permitía acceder a una solución como la que adopta la sentencia" se plantea como va a ser posible aplicar las condiciones de la normativa general que implicarán menos salario y más jornada, con el riesgo jurídico que puede asumir un empleador de enriquecimiento injusto, sosteniendo que "sólo con reducción a todo su personal a la condición de peonaje, cualquiera que fuera de su categoría habría una aproximación al nuevo régimen salarial". Insisto, no lo digo yo, ni lo dice (al menos así lo creo la normativa vigente), sino que esta tesis se encuentra en un voto particular de la sentencia.

6. Que el debate en la Sala debió ser muy intenso y rico en matices jurídicos (y sociales) se deduce por las explicaciones efectuadas en la sentencia sobre qué ocurriría en tal caso de desequilibrio radical de las relaciones de trabajo, al menos en sus términos salariales, y el apunte sobre las tesis defendida por un sector de la doctrina rupturista de mantener los elementos esenciales del contrato ("salario, tiempo y clase de trabajo") para evitar el vaciado del contrato, para evitar que el contrato "quede sin causa" (me pregunto tanto si puede trocearse la negociación como los efectos prácticos que ello tendría en la ordenación de las relaciones laborales en las empresas afectadas), así como también sobre la posibilidad de invocar derechos fundamentales como la dignidad o la igualdad para defender, cuando menos, el mantenimiento de los niveles salariales, tesis que a la sentencia, es decir a la mayoría de los magistrados y magistradas, les parece "difícil de articular e insuficiente para paliar todos los defectos expuestos" (y que de ser aceptada probablemente hubiera debido llevar a plantear una cuestión de inconstitucionalidad ante el TC del art. 86.3 de la LET, si bien creo que sería de difícil aceptación dado que el propio precepto admite – "salvo pacto en contrario" – que las partes pacten otras reglas que eviten los efectos perversos de la aplicación de la norma en los términos ahora expuestos), aunque sí es acogida en el bien argumentado voto concurrente de Luis Fernando de Castro y también, parcialmente, en el voto particular primero.

7. Una vez expuestas las grandes líneas doctrinales del debate la Sala se adentra en su argumentación a favor de la tesis conservacionista, siendo consciente de que se trata de una sentencia de muchísima importancia por la doctrina que va a sentar para posteriores resoluciones que se dicten, pero también asumiendo que se está resolviendo un caso concreto y que hay, como ya he indicado, muchos supuestos (respecto a la existencia de convenios de ámbito superior) sobre los que no se pronunciará, así como igualmente que la doctrina que defiende, la contractualizacion de las condiciones pactadas en el convenio y recogidas expresa o implícitamente en el contrato, puede provocar efectos colaterales de indudable importancia como son que "los trabajadores de nuevo ingreso carecerán de esa malla de protección que brindaba el convenio fenecido", y que ello "podrá dar lugar ciertamente a problemas de doble escala salarial, de discriminación, y otros que no podemos abordar en este momento", ya que no puede pedirse al TS, ni a ningún juzgado o tribunal, que resuelva sobre cuestiones no planteadas, por lo que habrá que esperar a próximos casos, y tener en consideración la ya consolidada doctrina de la Sala, para abordar tales cuestiones, si bien el propio tribunal ya deja una puerta abierta, tanto jurídica como social, a la resolución del problema, cual es que " En cualquier caso, y para evitar todos esos problemas, no es ocioso recordar, finalmente, que, aun habiendo terminado la ultraactividad del convenio en cuestión, ello no significa que no permanezca la obligación de negociar de buena fe en el ámbito colectivo, como establece el art. 89.1 ET".

La tesis de la sentencia se construye alrededor de la dicción literal del art. 3 de la LET, regulador, con no precisamente exquisita técnica jurídica, de las fuentes reguladoras de la relación laboral, previo excursus doctrinal sobre la regulación de la ordenación de los contratos en el ordenamiento jurídico en general y del laboral en particular, poniendo el acento en la autonomía de la voluntad de las partes pero ciertamente muy matizada en el ámbito laboral por la normativa internacional, europea y estatal, así como por el resultado de la negociación entre los agentes sociales y la plasmación del acuerdo en

una norma convencional. Por decirlo con las propias palabras del TS, "Lo único que ocurre es que la existencia de normas limitadoras de dicha autonomía es más frecuente que en otros sectores del ordenamiento y, además, proceden no solamente de la actividad legislativa o reglamentaria del Estado ( así como de la normativa internacional y de la Unión Europea) sino también de la actividad negociadora de los sujetos sociales a los que la Constitución y el Estatuto de los Trabajadores atribuyen esa capacidad normativa, habida cuenta de la interpretación que, desde el momento inicial, hizo nuestro Tribunal Constitucional del significado de la "fuerza vinculante de los Convenios" a que se refiere el art. 37.1 CE". No hay, en modo alguno a mi parecer, que la sentencia apueste por "abdicar de la fuerza normativa del convenio colectivo" que parece atribuirle el voto particular.

Al analizar el contenido del art. 3 de la LET la Sala recuerda el sector doctrinal que dedicaba especial atención desde su aprobación a la mezcla de fuentes normativas (art. 3.1 a y b LET) y fuentes obligacionales (art. 3.1 c), para defender que las condiciones laborales del trabajador están reguladas "desde el momento inicial" en el contrato de trabajo, contrato al que se le adjudica, y ello lo vengo explicando en clase desde hace muchos años, una doble función, constitutiva de la relación jurídico laboral y reguladora de los derechos y obligaciones de las partes, se formalice o no por escrito. Dichas condiciones, y aquí enlazan las fuentes obligacionales con las normativas y la aplicación del principio de norma mínima (fuentes legales y convencionales), deben respetar lo dispuesto en las fuentes normativas, los límites de derecho necesario que establezcan (piénsese por ejemplo en jornada máxima pactada en convenio que fuera incumplida por contrato) de tal manera que su incumplimiento no implicará la nulidad del contrato sino sólo su sustitución por el precepto correspondiente de la norma aplicable, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 9.1 de la LET ("Si resultase nula sólo una parte del contrato de trabajo, éste permanecerá válido en lo restante, y se entenderá completado con los preceptos jurídicos adecuados conforme a lo dispuesto en el número uno del artículo tercero de esta Ley").

Siguiendo este razonamiento, la Sala insiste en que las obligaciones de los sujetos contratantes se regulan por el contrato, pero siempre debiendo respetar las normas mínimas estatales o convencionales que juegan "un papel nomofiláctico respecto a las cláusulas contractuales", so pena de aplicación del art. 9.1 LET. No obsta a este planteamiento el que el contrato se remita en muchas ocasiones "a lo dispuesto en el convenio colectivo aplicable", ya que dicha remisión, siempre según el TS, "no elimina el carácter contractual de la fuente donde la propia remisión se establece y, por ende, de las condiciones laborales resultantes de las mismas". La conclusión de todo este amplio razonamiento de la Sala es que no existe en puridad un mantenimiento de las condiciones contractuales una vez vencida la vigencia del convenio (e insisto en que en esta ocasión no había convenio colectivo de ámbito superior que aplicar y que hubiera sin duda generado otra discusión jurídica), es decir la hipotética contractualización de las condiciones de trabajo una vez vencido el convenio anteriormente vigente, ya que dichas condiciones "estaban ya contractualizadas desde el momento mismo (el primer minuto, podríamos decir) en que se creó la relación jurídico-laboral, a partir del cual habrán experimentado la evolución correspondiente".

89. Como he dicho con anterioridad, la sentencia cuenta con dos votos concurrentes que coinciden con la decisión final adoptada pero no (total o parcialmente) con la argumentación que ha llevado a la decisión adoptada. El primero, al menos por el orden que aparecen en la sentencia, lo formula el magistrado Luis Fernando de Castro y se sintetiza en la siguiente afirmación que realiza en el inicio de su escrito: "... discrepo respecto de la argumentación seguida al efecto –la «contractualización» de las condiciones de trabajo pactadas colectivamente–, por entender que tal mecanismo no solamente carece de base sólida y es incompatible con buena parte de nuestra doctrina en materia de negociación colectiva, sino que a la misma y satisfactoria conclusión puede llegarse por la vía –menos disfuncionante– de aplicar principios constitucionales y a través de la propia dogmática del negocio jurídico".

El magistrado comparte la tesis mayoritaria de "vacío jurídico" provocado por la reforma del art. 86.3 de la LET en punto a la laguna de regulación legal que deja en caso de falta de convenio y que debe ser rellenada con una interpretación integradora que permita regular adecuadamente los derechos y obligaciones de las partes, en cuanto que hay una duda a la que debe darse una respuesta, cual es la de "determinar el marco

normativo por el que hayan de regirse las relaciones laborales hasta entonces disciplinadas por el convenio extinto". Entre la tesis rupturista y la conservacionista el magistrado opta por la segunda pero basa su razonamiento no en la defensa de la contractualización de las condiciones de trabajo (tesis de la sentencia, con dos votos particulares discrepantes), sino en que la continuidad aplicativa del salario, única cuestión que debe ser abordada, "atiende al equilibrio en las prestaciones y tiene apoyo en el principio de buena fe". Los dos argumentos para rechazar la tesis rupturista son "la dignidad de la persona como factor de rechazo" y "la incidencia del derecho a la negociación colectiva, junto con "la interpretación acorde a la Constitución como elemento decisivo " y las "añadidas dificultades de índole práctico" en cuanto que la aplicación de salarios fijados por normativa general (es decir el SMI) y la imposibilidad de negociación una vez vencida la vigencia del convenio generaría un desequilibrio negocial importante (repárese en cómo se negociará la jornada de trabajo si se ha producido un importante descenso de los niveles salariales) y una evidente conflictividad laboral.

Con respecto al respeto al principio constitucional del respeto a la dignidad humana, proclamado por el art. 10.1 de la CE y que el TC ha utilizado en numerosas ocasiones como canon de constitucionalidad para determinar si una norma se ajusta al texto constitucional, no parece que haya diferencias entre este voto, la sentencia y el voto particular de cinco magistrados, si bien los matices se centran en la importancia que cada uno le concede en punto a defender el mantenimiento de los salarios de los trabajadores aunque haya finalizado la vigencia del convenio. Muy interesante me parece la reflexión sobre el impacto que tendría la tesis rupturista en el debilitamiento del derecho constitucional a la negociación colectiva al alterar el equilibrio negocial por vía legal y dejar la negociación a la libre decisión de una de las partes, rompiendo así el equilibrio que debe predicarse, cuando menos, de toda negociación, amén de dejar en la práctica, y esta tesis ha sido recogida en varias de las sentencias que se han dictado por la AN los TSJ, comentadas en el blog, al arbitrio de la parte empleadora el cumplimiento del contrato, lo que expresamente rechaza el art. 1256 CC". Coincido también con el voto concurrente en la tesis de que, ex art. 5.1 de la Ley orgánica del poder judicial, la interpretación de las normas ha de ser acorde con la CE, tal como obviamente ha reiterado en numerosas ocasiones el TC, y no menos, en los mismos términos que se manifiesta la sentencia, en los problemas de índole práctica que plantearía la tesis rupturista en punto a la adecuación entre las prestaciones de los trabajadores y la reducción de la remuneración salarial hasta el mínimo permitido por las normas generales (SMI), ya que ¿cómo se negociaría por ejemplo la jornada de trabajo cuando se ha impuesto ex lege una considerable reducción salarial?, y en suma ello conllevaría, lo dice el voto y coincido con la tesis, una situación que sería "claramente propiciatoria de indeseable conflictividad laboral".

El rechazo, tanto por razones de índole estrictamente jurídicas como por los problemas de índole práctica (al que los juristas no podemos ser ajenos) que plantean las tesis rupturistas, lleva al voto concurrente a defender la llamada tesis conservacionista pero "no por la vía de la contractualización – que rechazo – sino por aplicación de principios generales del Derecho". El voto pasa revista a lo que califica de "inconvenientes de la posición contractualista", muchos de los cuales son compartidos por el voto particular de cinco magistrados, entre los que cita la regulación de las fuentes de la relación laboral del art. 3.1 de la LET que a su juicio separan claramente la regulación de las condiciones derivadas del convenio y las pactadas por las partes en el contrato, siendo claro a su parecer, en tesis ciertamente polémica a mi entender, que "para el legislador aquellas – las del convenio – no se incorporan al nexo contractual", o la doctrina jurisprudencial sobre la condición más beneficiosa y la imposibilidad de acogerla por vía de convenio colectivo al tener únicamente su razón de ser en la libre voluntad del empleador, dejando apuntada otra tesis ciertamente polémica cual es que la argumentación defendida en la sentencia llevaría a la imposibilidad de aprobar convenios regresivos respecto a otros anteriores, algo que a su parecer chocaría con el principio de modernidad del convenio colectivo y la posibilidad de establecer regulaciones distintas, y por tanto también peores o inferiores, a las del convenio anterior (buen debate sobre el principio de irregresividad de la normativa reguladora de los derechos sociales, que dejo aquí planteado).

Una vez expuestas sus críticas a la sentencia, el voto se decanta por la desestimación del recurso de casación, y mantenimiento de la tesis conservacionista, con la argumentación de que la aplicación pura y dura de la normativa general en materia salarial (SMI) plantea problemas de encaje constitucional en los términos antes expresados y altera sustancialmente el equilibrio de las prestaciones entre las partes de la relación jurídica laboral, equilibrio que ha sido defendido y utilizado en resoluciones de la Sala para valorar la razonabilidad de decisiones empresariales, sentando el apoyo principal a su tesis

en la defensa del principio de buena fe como principio esencial de las relación laboral y en acomodación de la norma a la interpretación más acorde al texto constitucional. El voto, en fin, también es consciente de los problemas que puede plantear la tesis defendida tanto por su parte como por la sentencias desde la perspectiva del principio de igualdad (posibles dobles escalas salariales), pero argumenta, al igual que la sentencia, que ello no es imputable a la decisión judicial "sino a la propia modificación legal, que afectó a una pieza clave de la ya de por sí compleja negociación colectiva y –a lo que entiendo– no alcanzó al resto de las disposiciones con aquella relacionadas e imprescindibles para que tan delicado sistema funcionase de manera eficaz y sin distorsiones".

9. El segundo voto particular concurrente lo formula el magistrado Miguel Ángel Luelmo, que comparte el fallo de la sentencia pero que considera necesario efectuar lo que califica de "muy breves precisiones", que no son tan breves en realidad ya que ocupan tres páginas del texto. De su voto me quedo con la tesis de no compartir, o más exactamente de "no estar tan seguro como la Sala", que el art. 86.3 sea constitucional tras la reforma operada por la reforma laboral, y consecuentemente con la necesidad de llevar a cabo en cualquier caso "una interpretación restringida del mismo por lo que a la cuestión objeto de litigio se refiere, para no correr el riesgo de abrir un portillo, siquiera sea indirectamente, a la extinción de la propia negociación como derecho y como instrumento más idóneo para la finalidad antedicha".

El voto pasa revista al acuerdo de la comisión de seguimiento del II AENC y al preámbulo de la Ley 3/2012, concluyendo que tanto del contenido de dicho preámbulo como del propio precepto, y de la voluntad manifestada por las partes en el Acuerdo, puede extraerse la conclusión de que la mejor tesis se sitúa en un punto intermedio respecto a la desaparición de la ultraactividad "cuando se trata de la naturaleza salarial del derecho debatido". En apoyo de su tesis aduce la disposición transitoria segunda de  Código Civil, que considera aplicable al supuesto debatido en orden a salvaguardar los derechos económicos de los trabajadores, "a diferencia de lo que acontecerá con los trabajadores de nueva contratación", afirmando, con tesis ciertamente polémica a mi entender, que "existen derechos y derechos" y que el salario es un derecho de primera categoría por lo que debe mantenerse la ultraactividad si bien "circunscrita a este punto singular" a fin y efecto de respetar el equilibrio de las prestaciones de las partes y no destruir o descompensar "el sinalagma contractual en que la propia relación laboral descansa".

Tras la lectura del voto, no tengo tan claro que sea concurrente con el texto de la sentencia, salvo en la desestimación del recurso de casación, porque la sentencia enfatiza el mantenimiento de las condiciones contractuales sin establecer en principio diferenciación entre las mismas (el equilibrio contractual no opera únicamente a mi entender con el mantenimiento de las condiciones salariales si el resto pueden ser alteradas, y sigo con el ejemplo de la jornada de trabajo), mientras que el voto sólo se acerca al problema concreto del caso analizado, los derechos salariales, e incluso parece dar a entender, y someto mi observación a mejor parecer, que las restantes condiciones contractuales sí pierden vigencia, al defender , insisto, "que se mantenga la ultraactividad circunscrita a este punto singular".

10. Hay dos votos particulares, y al de la magistrada Milagros Calvo ya me he referido con anterioridad. Paso ahora al comentario del firmado por el magistrado A.V. Sempere y al que se adhieren otros cuatro magistrados, voto que recoge en buena medida, pero matizada ciertamente por el análisis del caso concreto, las tesis doctrinales que el profesor Sempere ha defendido desde la entrada en vigor de la reforma laboral. Realmente, estamos en presencia de otra sentencia, con casi la misma extensión (14 páginas) que parte de dos consideraciones previas y que enmarcan cuál será el iter argumental del voto: en primer lugar, la preocupación del primer firmante del voto particular, o por decirlo con sus propias palabras "la desazón intelectual y personal", que le provoca "el haber sido incapaz de asumir los planteamientos mayoritarios en una materia tan relevante y sensible como la que se discute en la que era deseable una posición unánime". Al no haberse logrado esa unanimidad, y estar en desacuerdo con el resultado final de la deliberación, sigue afirmando el voto, " me es imposible compartir lo esencial de la sentencia"; en segundo término se formula una crítica de alcance conceptual a la decisión de la Sala de haberse pronunciado, o más exactamente de haber construido "toda una doctrina acerca de la pervivencia del convenio desaparecido (puesto que ya estaba contractualizado)", entendiendo que sólo

hubiera debido entrar en la concreta cuestión planteada en el litigio, esto es "la pervivencia o no de los salarios percibidos", en aras, afirma, a velar por la congruencia procesal y más en un recurso extraordinario como es el de casación. Por cierto, hay una frase en el voto particular que además de mostrar el claro desacuerdo con la tesis de la sentencia pudiera llevar a pensar, y no creo que sea esta, ni mucho menos, la intención de los firmantes pero desde luego no puede decirse que sea excesivamente afortunada, que la sentencia ha sido dictada sin tomar en consideración la normativa aplicable, ya que afirma que "no cabe construir unos argumentos ad casum para alcanzar la solución que deseada a costa de prescindir del mandato de las propias leyes". Aquello que han hecho los magistrados y magistradas que han apoyado el texto de la sentencias es analizar el contenido del caso y formular su razonamientos jurídicos para llegar a una conclusión, con la que se podrá estar o no, como en cualquier sentencia, de acuerdo con su contenido, y además intentar hacerlo desde la búsqueda de la solución más acorde a los mandatos constitucionales, pero en modo alguno, o al menos así lo creo, han adoptado una decisión "prescindiendo" del mandato de las normas aplicables.

A partir de esta consideraciones previas, el voto efectúa un somero repaso de los antecedentes de hecho de la sentencia de instancia, para poner de manifiesto que "Lejos de interesar la aplicación del convenio colectivo y denunciar su incumplimiento, se ataca la decisión patronal de alterar de unas condiciones de carácter contractual", y afirma, antes de entrar en la fundamentación de la tesis discrepante con la sentencia, que comparte con esta "una importante coincidencia en el punto de partida (el convenio ha perdido su vigencia) y contempla con agrado el resultado (no rebajar retribuciones) pero discrepa radicalmente de los argumentos acogidos por los Fundamentos Jurídicos y entiende que ni la demanda ni la sentencia de instancia han dado argumentos válidos para llegar al resultado en cuestión". El voto rechaza, desde una posición estrictamente formalista a mi parecer, que la decisión final que se adopte en este caso ( y supongo que con este planteamiento el razonamiento es válido para los firmantes del voto en todos los litigios que se suscitan ante los tribunales) pueda estar predeterminada de antemano, esto es "por el deseo de alcanzar determinado resultado o de evitar los inconvenientes de la respuesta jurídica que debamos otorgar", y que hay que centrar el debate, con examen de los preceptos constitucionales y legales, sólo en la cuestión concreta debatida, estos es "si cabe reducir el salario cuando el convenio pierde su vigencia", por partir de la base (en este punto no existe discrepancia con la sentencia) de que el convenio objeto del litigio "ha perdido su vigencia y es inaplicable", e igualmente entiende que la resolución del recurso debería partir de la base de que "los derechos de una norma derogada o caducada ya no están incorporados a los contratos sobre los que se proyectaba", tesis que es sustancialmente diferente de la sentencia que entiende, recuerdo ahora, incorporados a los contratos desde el momento de su formalización (función constitutiva y reguladora) las cláusulas convencionales. En cualquier caso, no conviene olvidar por mi parte que, tal como se afirma en el primer voto concurrente, deberemos aplicar el art. 5.1 de la LOPJ, es decir que "La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos".

El voto va desarrollando de forma muy detallada las cuatro líneas o bases de su argumentación, con tesis que reiteran la mantenida por la doctrina científica "rupturista" y algunas resoluciones de los TSJ (señaladamente del de Andalucía –sede Granada – y de Castilla y León) y de los Juzgados de lo Social (señaladamente de Pamplona). Destaco aquellos contenidos que me parecen más relevantes y remito en lo demás a los lectores y lectoras del blog al texto de voto.

A) En primer lugar, analiza la pérdida de vigencia del convenio colectivo por el transcurso del plazo de ultraactividad, defendiendo la ya conocida tesis de que el convenio, cualquier convenio, deja de tener vigencia una vez transcurrido el año de ultraactividad previsto en el art. 86.3 de la LET, conclusión que no es la de la sentencia de instancia pero que para el voto es "inesquivable" a partir de los muchos argumentos que a su parecer militan a favor de esta tesis. Remito a los diferentes comentarios que he ido realizando en el blog sobre las tesis rupturistas y conservacionistas en las diferentes resoluciones judiciales y en la doctrina científica, no sin antes añadir que el voto es más prudente y menos tajante que los defensores a ultranza de lo señalado en la exposición de motivos de la Ley 3/2012 como elemento interpretativo incontestable del cambio radical con respecto al marco normativo anterior, ya que, aunque abunda en esta

tesis, considera que no debe tener o concedérsele "más valor que el auxiliar de la interpretación". En puridad, esta primera argumentación es de índole conceptual y el voto quiere dejarla bien recogida, supongo que a los efectos de fundamentar en su caso una sentencia posterior del alto tribunal que vaya en una línea contraria a la ahora acogida en la sentencia, y no me cabe la menor duda de ello cuando leo, y ahora reproduzco, los tres últimos párrafos de su "fundamento de derecho segundo": "Cuando la sentencia de la que discrepo repasa las tesis "conservacionistas" da a entender que sus partidarios comparten la idea de que el convenio ha perdido su vigencia. Quizá por ello no presta apenas atención a esta premisa y la abraza sin especial argumentación. Pero lo cierto es que una parte de la doctrina (la sentencia recurrida y la del País Vasco) ha entendido que la evitación de vacíos reguladores, como el de nuestro caso, debía resolverse manteniendo la aplicación transitoria del convenio colectivo en ultraactividad. Para que el primer paso de este VP quede justificado, dadas las muy relevantes consecuencias prácticas que de ello se siguen, ha parecido necesario exponer las razones que lo respaldan".

B) Si tú buscas mis puntos débiles, yo busco los tuyos. En un ejercicio dialéctico ciertamente muy interesante, el voto particular subraya que la sentencia ha rechazado la tesis rupturista por "las perniciosas e inaceptables consecuencias que comporta", pero inmediatamente "le devuelve la pelota" poniendo de manifiesto un cúmulo de problemas también de índole práctico que a su juicio comporta la tesis conservacionista, algunos de los cuales ciertamente deben ser objeto de atención, entre ellos, y no el menos importante el siguiente "¿Quiénes no tienen un contrato en vigor al desaparecer el convenio pasan a tener derechos distintos?. Para el voto, la tesis de la sentencia, y no creo que esa sea ni mucho menos la intención de esta como he apuntado con anterioridad, "abdica del valor normativo de los convenios, fragmenta su contenido y confiere al pacto individual un inusitado valor".

C) Pero hemos de esperar, una vez "cargadas" las baterías conceptuales de análisis crítico de la sentencia, al fundamento jurídico cuarto para conocer con detalle cuál es la discrepancia con "las bases argumentales de la sentencia", esto es la explicación del por qué "no se comparten las premisas fundamentales de la solución conservacionista en su versión contractualizadora". En un fino debate jurídico, cuyo amplio examen excede con mucho de las posibilidades de este comentario, el voto argumenta, algo sorprendentemente a mi parecer si se repara que las tesis rupturistas van en la línea tanto de potenciar el poder de dirección empresarial como la autonomía negocial entre empresario y trabajador cuando no exista convenio aplicable, que en nuestros días "el contrato de trabajo es una institución normada que desempeña un escaso papel regulador", y que posee "una funcionalidad generadora de derechos y obligaciones sólo a título complementario, fundamentalmente para mejorar la previsiones normativas..". Sustenta la tesis, que no creo que sea divergente de la mantenida en la sentencia pero a la que da una virtualidad diferente, de que "los derechos y obligaciones del contrato de trabajo se regulan por la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico (incluyendo convenios colectivos, Leyes, reglamentos, etc.) así como por el propio pacto individual con los márgenes ya expuestos, amén de los usos o costumbres y de las concesiones empresariales".

El punto radical de discrepancia entre la sentencia y el voto particular se encuentra a mi parecer en la no aceptación por este último de la tesis de aquella de que los derechos y obligaciones de las partes existentes en el momento en que finaliza la ultraactividad del convenio estaban ya contractualizadas y se mantienen aunque el convenio colectivo pierda vigencia, por creer que la contractualización en origen que postula la sentencia "carece de recepción expresa o tácita en precepto alguno", calificando de "especie de transubstanciación" la tesis de la sentencia que a su juicio implica "el pasar desde un envoltorio normativo a otro contractual se antoja ajena a nuestro sistema de relaciones laborales, donde los derechos y obligaciones inciden en el contrato de trabajo sin perder las características de su fuente".

D) Con tanto debate conceptual, lo que demuestra sin duda la importancia de la sentencia y el impacto que todos los magistrados y magistradas de la Sala sabían que iba a tener sobre la ordenación de las relaciones laborales colectivas e individuales (a salvo de una nueva modificación de la LET, que nunca se puede descartar por las constantes reformas introducidas en dicha norma por el actual gobierno desde la primera, y más importante, operada por el RDL 3/2012), el voto había dejado de lado la resolución del problema concreto, el relativo al derecho de los trabajadores a percibir sus salarios en la misma cuantía que antes de la modificación operada por la empresa basándose justamente en la

dicción del art. 86. 3 de la LET. Es aquí donde el voto concluye que se podría llegar en hipótesis a la misma solución que la de la sentencia, es decir rechazar la "minoración salarial" (supongo que los trabajadores la llamarán pura y simplemente "reducción"), pero "con unas líneas argumentales diversas a las desplegadas hasta ahora por los trabajadores", líneas expuestas en el fundamento de derecho anterior, y que a juicio de los firmantes del voto no se han aportado, aceptando pues la decisión empresarial por no haber sido a su juicio adecuadamente combatida, ya que esa "minoración" que puede ser controlada por los cauces que se citan en el fundamento jurídico quinto y que aquí no se ha hecho, es consecuencia "permitida por el ordenamiento jurídico" y "percibida como injusta por los trabajadores" (obsérvese el fino matiz jurídico, en modo alguno casual: no se dice que la decisión sea injusta sino que los trabajadores la pueden percibir como tal), pero al resultado al que se llega "no compete remediar al intérprete del derecho" (¿qué hubiera ocurrido si se calificara de injusta la decisión empresarial?). El deseo de los firmantes del voto de que quede claro que una cosa es la valoración social que pueda merecerles la decisión empresarial y otra la valoración jurídica del caso se refuerza aún más con la afirmación final del largo y extenso voto, al remachar que "no se han aportado los argumentos necesarios para que consideremos antijurídica la conducta de la empresa, al margen de la valoración que desde otros puntos de vista pueda merecernos".

Los posibles "cauces de control de la conducta empresarial" podrían ser entre otros, a juicio del voto, en tesis que creo que puede perfectamente ser compatible con la sentencia, el respeto a la dignidad del trabajador, el enriquecimiento injusto o abuso de derecho por el empleador, la analogía, las costumbres profesionales, y la irregresividad distributiva. Incluso, afirma contundentemente el voto, refiriéndose por una vez al derecho constitucional a la negociación colectiva, "según las circunstancias, puede entenderse que el descenso importante del nivel retributivo coloca en situación desesperada a los trabajadores e incita a una negociación colectiva sin las premisas de libertad y serenidad que su respeto (art. 37.1 CE)". Desde luego, añado yo ahora, que la reducción salarial desde un salario "razonable" pactado en convenio hasta dejarlo en el SMI no incentiva precisamente una colectiva "libre y serena".

D) Pero aún más importante, aunque aparezca de forma muy esquemática al final del voto, es la tesis implícita del troceamiento del convenio, algo que debilitaría considerablemente la negociación colectiva en cuanto que difícilmente puede predicarse el mantenimiento del equilibrio negocial si se puede negociar sobre unas materias y no sobre otras. El troceamiento del convenio parece claro si se repara en esta tesis del voto: "Esta solución respecto del salario no es trasladable a otras muchas materias, en las que la desaparición del convenio ni afecta a un elemento esencial de la relación laboral, ni compromete los mismos valores constitucionales" ¿Habrá que determinare caso por caso, o con carácter general, cuáles son esos valores constitucionales a los que se refiere el voto, al objeto de darle la misma importancia que la defensa de las condiciones salariales?. Si desaparece el convenio, hay que examinar, nos dice el voto, "cada concreta materia (el salario aplicable en nuestro caso) a fin de determinar el alcance de los respectivos derechos cuando ha desaparecido la norma que albergaba alguno de ellos" ¿Partimos, dividimos, troceamos, pues el convenio? No parece que tampoco le guste demasiado esta tesis a los magistrados firmantes del voto, pero la justifican en cuanto que "resulta consecuencia inesquivable del descrito cuadro de premisas y del tenor del vigente Estatuto de los Trabajadores. Porque lo innegable es que ni el conviene despliega sus efectos, ni el contrato puede servir como instrumento para perpetuar su mantenimiento".

11. Concluyo este comentario en el que he tratado de explicar, y analizar, los contenidos más relevantes de esta importante sentencia de 22 de diciembre de2014, así como también de los votos concurrentes y particulares. Que lo haya conseguido o no lo deja al parecer de los lectores y lectoras del blog. Y desde luego, el debate seguirá abierto, pues sin duda el TS deberá resolver muchos recursos de casación contra sentencias de instancia en las que se plantearon problemas que no han sido abordados en esta sentencia. Pero, de lo que no cabe la menor duda es de la importancia doctrinal que esta tiene en una materia de tanta trascendencia para la vida de las personas trabajadoras.

Y una última consideración de índole social: que el debate jurídico no haga olvidar la importancia de la negociación colectiva, de sus contenidos, de los derechos y obligaciones de las partes.

***2.7.2. Sobre la ultraactividad de los convenios colectivos denunciados antes de la entrada en vigor de la reforma laboral de 2012. Notas a propósito de la sentencia del TS de 17 de marzo, que confirma la dictada por la AN el 23 de julio de 2013.***

1. Procedo al estudio del conflicto que ha llevado al TS apronunciarse en sentencia de Sala, dictada el 17 de marzo y de la que fue ponente la magistrada Mª Luisa Segoviano, sobre la vigencia de un convenio colectivo denunciado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/2012 de 6 de julio (8 de julio de 2012), y más concretamente sobre el valor jurídico de la cláusula que mantiene dicha vigencia mientras no entre en vigor el convenio colectivo que lo sustituya. El resumen oficial de la sentencia, que cuenta con un voto particular tan amplio como el contenido de la resolución judicial a cargo del magistrado Antonio V. Sempere, es el siguiente: "Conflicto Colectivo: Ultraactividad del III Convenio Colectivo de AIR NOSTRUM, Líneas Aéreas del Mediterráneo SA. El Convenio Colectivo ha sido suscrito y publicado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/2012, ha sido denunciado con anterioridad a la entrada en vigor de dicha Ley, a fecha 8 de julio de 2013 no se ha alcanzado un acuerdo y contiene una cláusula en la que se dispone que "denunciado el convenio y finalizado el periodo de vigencia restante, o el de cualquiera de sus prórrogas, permanecerán vigentes las cláusulas normativas del convenio hasta tanto no se produzca la entrada en vigor del convenio que haya de sustituir al presente". El convenio mantiene su ultraactividad hasta que los sujetos legitimados para negociar un nuevo convenio suscriban un convenio que sustituya al que se encuentra en ultraactividad. VOTO PARTICULAR".

Como se acaba de indicar, el TS se pronuncia sobre el recurso de casación interpuesto por la parte empresarial contra la sentencia dictada por la AN, la primera tras la reforma laboral en materia de ultraactividad, el 23 de julio de 2013. Dediqué especial atención a dicha relevante sentencia en su momento, y recupero ahora los contenidos más relevantes de mi comentario para enmarcar adecuadamente la resolución del alto tribunal (y del voto particular).

"La sentencia de la AN se dicta el 23 de julio y versa sobre la resolución de una demanda interpuesta por el Sindicato Español de Pilotos de Líneas Aéreas (SEPLA), en proceso de conflicto colectivo (arts. 153 y ss de la LRJS) contra la empresa Air Nostrum Líneas Aéreas del Mediterráneo SA, habiendo sido ponente la magistrada Carolina San Martín.

Cabe destacar, y ciertamente me ha llamado la atención, que la demanda se interpusiera el 6 de mayo, mucho antes de la entrada en vigor el 8 de julio de la llamada "ultraactividad limitada" para los convenios colectivos denunciados antes de la entrada en vigor de la Ley 3/2012 de 6 de julio, que se produjo el día 8 del mismo mes, aun

cuando el hecho de la fijación, y celebración, del acto de juicio para el día 11 de julio despeja las dudas de saber si nos encontramos ante un conflicto que encaja dentro del art. 153 LRJS, como así es en efecto, o bien podría tratarse de la petición de un "parecer, informe o dictamen jurídico" a la Sala sobre la interpretación del artículo citado, algo para lo que, ciertamente están sobradamente preparados por su valía intelectual los magistrados de la AN pero que no les corresponde en cuanto que su función es la de aplicar e interpretar las normas cuando hay un conflicto en litigio.

…. La sentencia recoge las cuidadas y detalladas argumentaciones de ambas partes respecto al mantenimiento, o no, del convenio colectivo denunciado de la empresa, y en definitiva el debate sobre cómo debe interpretarse la cláusula "salvo pacto en contrario" en cuanto a su influencia o impacto sobre la regla general de pérdida de vigencia de un año tras su denuncia, es decir la regla de la "ultraactividad limitada", partiendo de la petición de la parte demandante de que "se declare que en tanto no se produzca la entrada en vigor del convenio colectivo que haya de sustituir al III Convenio Colectivo de la empresa Air Nostrum, L.A.M., S.A., y sus trabajadores pilotos, el contenido normativo o las cláusulas normativas de dicho III Convenio Colectivo permanecen vigentes, condenando o lo empresa o estar y pasar por tal declaración.".

Frente a la tesis de la parte demandante de la prevalencia de la autonomía colectiva sobre la disposición legal, justamente porque esta segunda lo permite de manera expresa, la parte empresarial mantuvo la tesis de un sector doctrinal partidario de la aplicación general de la ultraactividad limitada a todos los convenios, denunciados antes y después de la entrada en vigor de la reforma laboral, sin

que pudiera entenderse que las cláusulas de vigencia pactadas en un convenio anterior a la reforma pudieran aplicarse. En el antecedente de hecho cuarto se recoge con mayor detalle esta argumentación empresarial, que pone el acento a mi parecer en dos argumentos: el primero, que la referencia a la posibilidad de "pacto en contrario" no cabe identificarla "con una cláusula que tan solo reproducía lo dispuesto en la Ley vigente en el momento de su suscripción", y en segundo término, que la interpretación mantenida por la parte demandante supondría "vaciar de contenido la reforma del citado precepto".

…. Vamos a los hechos probados, en los que encontramos datos de mucho interés para un mejor entendimiento y conocimiento del conflicto. En primer lugar, el ámbito personal del convenio objeto de litigio, la plantilla de pilotos de la empresa, "aproximadamente 450", con lo que estamos en presencia de aquello que dio en llamarse "convenio colectivo franja" y que en la terminología actual del art. 87.1 de la LET se denomina "convenios dirigidos a un grupo de trabajadores con perfil profesional específico". En segundo lugar, que estamos en presencia de un convenio suscrito en 2003, prorrogado en 2008 hasta finales de 2010 y denunciado en tiempo y forma por la empresa (27 de septiembre de 2010) para proceder a la negociación de un nuevo convenio, sin que hasta la fecha del juicio "se haya alcanzado un acuerdo para la firma del IV CC, que sustituya al III CC" (hecho probado tercero).

……. Vuelvo a los hechos probados, en los que hay referencia a dos datos que considero de mucho interés para la resolución del litigio. Por una parte, el debate suscitado sobre la vigencia, o más exactamente su pérdida, del III Convenio Colectivo, a partir de una petición formulada, supongo que como estrategia para el futuro conflicto jurídico, por la parte sindical a la empresa y que no obtuvo de esta ninguna respuesta, si bien sí la tuvo en la reunión de la comisión de interpretación y seguimiento del III convenio, celebrada el 24 de abril (la pregunta anterior había sido formulada el 11 de abril), manifestando la empresa con claridad que "consideraba que el convenio perdería vigencia el 8 de julio de 2013, y que su voluntad era llegar a un acuerdo de firmar un convenio nuevo antes de esa fecha"; por otra, y entiendo que como estrategia empresarial de clara manifestación de defensa, y aplicación de su tesis, de que la vigencia del convenio finalizaba el 8 de julio, la remisión al colectivo de pilotos de una "nota informativa sobre las nuevas condiciones laborales de aplicación", con documento adjunto de concreción, en la que manifestaba (aplicando a pies juntillas su interpretación del art. 86.3, párrafo 4º, LET) que dada la pérdida de vigencia del convenio, y al no existir un convenio de ámbito superior que pudiera aplicarse a la plantilla ""en principio, el vacío generado quedaría cubierto solo por la normativa laboral general (Estatuto de los Trabajadores y demás disposiciones) y por la regulación de la actividad aeronáutica (EU OPS y demás disposiciones)".

…. Los fundamentos de derecho de la Sentencia son una buena mezcla de razonamientos y argumentaciones doctrinales por una parte, algo perfectamente lógico por tratarse del primer conflicto en el que se ha suscitado cómo debe interpretarse el art. 86.3, párrafo 4º de la LET, en los que se recoge con carácter general el parecer de la doctrina iuslaboralista que se ha manifestado al respecto, y aplicación de esos razonamientos y argumentaciones al caso concreto enjuiciado a juicio de la Sala. En síntesis, es una sentencia rigurosa, en la que la AN ha cuidado mucho la argumentación jurídica, y ha analizado con detalle el parecer de la doctrina laboral, tanto la favorable a la vigencia de la cláusula del convenio denunciado como de quienes defienden que la reforma de 2012 pretendió cambiar radicalmente el marco normativo anterior, para poder llegar a su conclusión favorable al mantenimiento del contenido normativo del convenio.

….Aquello sobre lo que debe pronunciarse la Sala es sobre la petición formulada en el suplico de la demanda interpuesta y su conformidad a derecho, esto es que "en tanto no se produzca la entrada en vigor del convenio colectivo que haya de sustituir al III Convenio Colectivo de la empresa Air Nostrum, L. A. M., S.A., y sus trabajadores pilotos, denunciado en 2010, el contenido normativo de este último permanece vigente", petición que va a llevar ineludiblemente a la Sala y así se expone inmediatamente a continuación, a tener que dilucidar "si tal es la voluntad del legislador expresa en el art. 86.3 ET, cuando regula la vigencia del convenio colectivo".

… Para entrar en su análisis, la Sala debe partir de un elemento que marcará toda su resolución, al igual que lo hará, al menos ese es mi parecer, en todos los posteriores conflictos que se susciten tanto

ante la AN como ante los TSJ, la redacción del precepto cuestionado, el art. 1.3 del III convenio, y más concretamente su último párrafo, en el que las partes acordaron (ciertamente en una lejana fecha, hace ya diez años) que "Sin perjuicio de lo establecido en el párrafo anterior, denunciado el convenio, y finalizado el periodo de vigencia restante o el de cualquiera de sus prórrogas, permanecerán vigentes las cláusulas normativas del convenio hasta tanto no se produzca la entrada en vigor del convenio que haya de sustituir al presente."

La Sala pasa revista, muy correctamente, al marco normativo que debe analizar para resolver el conflicto, desde la redacción del RDL 3/2012 hasta las modificaciones incorporadas en la Ley 3/2012, resultante de la tramitación parlamentaria del RDL, con recuerdo por mi parte de que la "ultraactividad limitada" de dos años se redujo a uno en el citado trámite, si bien, en lo que ahora me interesa destacar, no hubo cambios con respecto a la aplicación de la regla de la ultraactividad limitada "salvo pacto en contrario", y con mención expresa, por su importancia, a la disposición transitoria cuarta de la Ley 3/2012 y la fijación de un año, a partir de su entrada en vigor, para la perdida de vigencia que hubieran sido denunciados con anterioridad, sin que encontremos, lo digo yo ahora y también la sentencia más adelante, ningún precepto que disponga de forma clara e indubitada que la pérdida de vigencia se aplicará a todos los convenios, incluyendo aquellos que tuvieran pacto en contrario para el mantenimiento de su vigencia mientras no se alcanzara un nuevo acuerdo.

En efecto, es claro que el "pacto en contrario" sobre el que se discute su validez en el caso enjuiciado es plenamente válido para los convenios posteriores a la reforma no plantea ninguna duda ni a la Sala ni a la doctrina laboralista, y que el debate sobre cómo debe interpretarse la norma tendría mucha menos virulencia que ahora, y para la Sala no la tendría (cuestión esta sobre la que podría discutirse su conformidad a derecho por presunta vulneración del derecho de negociación colectiva del art. 37.1 CE en relación con el art. 28.1, que sólo dejo aquí apuntado), si hubiera una regla de carácter imperativo en el art. 86.3 de la LET, porque para la Sala "dado el juego del principio de jerarquía normativa, según el cual, una vez entrada en vigor la norma los convenios colectivos han de ajustarse a la misma con independencia de que existieran con anterioridad o no", trayendo a colación en defensa de esta tesis su propia sentencia, muy publicitada por referirse a la primacía del convenio de empresa, de 10 de septiembre de 2012, y la del TS de 20 de diciembre de 2007. Ahora bien, como el art. 86.3 no establece una disposición de carácter imperativo sobre la aplicación de la ultraactividad limitada a todos, sin excepción, los convenios denunciados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/2012, tesis de la Sala con la que coincido plenamente, y expresamente otorga primacía a la autonomía colectiva ("salvo pacto en contrario"), ello "plantea dudas respecto de la validez de las cláusulas de ultraactividad contenidas en los convenios preexistentes, acuñadas cuando el régimen que operaba por defecto era distinto del ahora aplicable".

… Es a partir de aquí cuando la Sala entra en el análisis jurídico del conflicto, desde un planteamiento previo, y razonable, de considerar cada caso en concreto, es decir qué reglas o cláusulas se contienen en cada convenio y en qué términos de mayor o menor claridad están redactadas. Así lo expone con toda claridad en este párrafo del fundamento jurídico cuarto que reproduzco a continuación: "La Sala considera que la respuesta a este problema exige un apego al caso concreto, puesto que no parece razonable ni jurídicamente realista mantener que todos los convenios denunciados antes de la reforma han finalizado su vigencia el 8 de julio de 2013, sin matiz alguno (puesto que no es eso lo que dice el legislador), ni tampoco que todos perviven como si nada hubiera cambiado en la regulación legal".

… A mi parecer, la AN es prudente en su respuesta general al problema jurídico planteado, muy probablemente porque es la primera sentencia que se dicta sobre cómo debe aplicarse la "ultraactividad limitada" (un año), y ello se demuestra en el párrafo anterior. Es decir, destaca, con corrección, la importancia de analizar cada caso concreto y la cláusula que sea objeto de debate. No obstante, esta prudencia poco a poco va cediendo paso en la sentencia a la primacía del acuerdo de las partes sobre la vigencia del convenio, fuera adoptado antes o después de la reforma laboral, frente a la ultraactividad limitada de un año prevista por el artículo 86.3 de la LET "salvo pacto en contrario".

La sentencia no formula una manifestación general sobre la validez de las cláusulas acordadas antes de la reforma laboral. No obstante, sí parece claro que apunta en la línea de dar prioridad jurídica al

acuerdo entre las partes, si la redacción de la cláusula de vigencia es clara (ej.: "el contenido normativo del convenio se mantendrá en vigor mientras no se suscriba un nuevo acuerdo), frente a la redacción del art. 86.3 de la LET, dado que la regla de la ultraactividad se ha modificado por la reforma laboral pero siempre ha estado a la libre disposición de las partes para adaptarla o adecuarla a sus intereses. …

…. Los argumentos que sustentan la tesis favorable de la sentencia a la primacía de la autonomía negocial son en síntesis los siguientes:

…. La regla de la ultraactividad limitada "no es absoluta ni imperativa", ya que ello ni se encuentra en el art. 86.3 ni tampoco puede extraerse del preámbulo de la ley (no está mal, por una vez, que se acuda al preámbulo para recordar lo que no dice), de tal manera que el pacto de vigencia del convenio, como manifestación de la autonomía negocial reconocida constitucionalmente, y sin ningún límite legalmente previsto en función del momento de su conclusión, "no puede ser interpretado con mayor restricción de la que el propio legislador proponga expresamente".

La tesis de la Sala, y así lo recuerda la sentencia, es la seguida por buena parte de la doctrina laboralista (expresamente citada en el texto, algo que demuestra sin duda la condición profesoral de la ponente) que defiende, y a ello me he referido en anteriores entradas del blog que "las cláusulas de ultraactividad pactadas antes de la reforma son válidas en sus propios términos, sin ningún cuestionamiento ni afectación de la nueva ley, que no impone su nulidad sobrevenida"

Con buen y riguroso cuidado jurídico, la ponente, es decir la Sala, pasa revista a la tesis del sector doctrinal que acoge la empresa, consistente en entender que el pacto que acogía, antes de la reforma de 202, la ultraactividad limitada "no se estableció con voluntad de exceptuar el régimen legal actual, sino de incorporar al convenio, sin más, el vigente al tiempo de su suscripción, de modo que no sería el "pacto en contrario" que exige el nuevo art. 86.3 ET".

Bueno, la Sala se remonta hasta la reforma de la LET operada por la Ley 11/994 de 19 de mayo (que, como recuerdo histórico, provocó una huelga general de las organizaciones sindicales) para poner de manifiesto que en todo momento las partes, con la incorporación del pacto de vigencia del convenio, estarían manifestando la expresa voluntad de su mantenimiento tras la correspondiente denuncia, importando poco que fuera mediante la técnica de una redacción del precepto "propia" o bien incorporando el régimen legal, que no es lo mismo ni mucho menos que un artículo "petrificado" sino un marco normativo que se modifica por voluntad del legislador, resaltando la sentencia que aquello que cobra valor es la voluntad de las partes de acordar una regulación específica sobre la vigencia del convenio, añadiendo que incluso el hecho de que la técnica utilizada (por cierto, bastante utilizada por los negociadores no sólo en este apartado sino también en otros, como por ejemplo en materia de despidos colectivos, y recuérdese aquí el trascendental cambio operado por la reforma de 2012) fuera la de reproducción parcial del art. 86.3 de la LET en la redacción vigente en el momento del convenio, "no podría enervar esta conclusión, puesto que no estaríamos, ni podríamos estar, ante la mera transcripción de un precepto que siempre ha albergado en su texto una referencia expresa al pacto en cuyo defecto opera la regla legal"; conclusión, que queda aún más reforzada, si cabe, porque la cláusula del III convenio colectivo no reproducía la normativa vigente en 2003, concluyendo que la autonomía negocial, manifestada en términos de regulación específica de un precepto o de acogimiento total o parcial de un precepto legal, ejercitada de manera plenamente libre y sin interferencias ajenas a la voluntad de cada parte, no podría llevar o no cabría entender que "el consentimiento haya quedado invalidado por un cambio en el régimen que, tanto antes como ahora, opera sólo por defecto".

…. La Sala no fundamenta únicamente su tesis sobre la validez del pacto en contrario en los términos en que estuviera negociado y redactado con anterioridad a la reforma laboral, sino que incorpora nuevos argumentos en los fundamentos de derecho quinto y sexto. Vuelve en este punto, aunque sea de forma indirecta, y considerando que la diferente actitud del legislador "no es determinante, pero que ha de ser ponderada" a manifestar que si el legislador hubiera querido aplicar la ultraactividad limitada a todos los convenios hubiera debido hacerlo de forma expresa, ya que cuando el legislador no ha querido dejar duda al respecto de cuál era su voluntad al respecto así lo ha hecho, poniendo

como ejemplo claro y evidente (que estamos sufriendo en el sector público) el RDL 20/2012, y pone como ejemplo más concreto su art. 10….

En cuanto a las ambigüedades legales que, a efectos dialécticos, pudieran admitirse sobre el citado precepto, la Sala postula, con apoyo doctrinal, el principio de "conservación del negocio como manifestación más particular del más amplio principio de conservación de los actos", así como también, e igualmente con sustento doctrinal, en la incoherencia jurídica que supondría reconocer en la reforma la autonomía negocial para los convenios negociados con posterioridad a su entrada en vigor y limitarlo para los suscritos con anterioridad, de tal manera que esta interpretación traería consigo una limitación del carácter dispositivo de la ultraactividad limitada que no encuentra acogida expresa en el art. 86.3 LET.

No es ajena la Sala (es que los jueces, recuerdo a "desmemoriados", no son máquinas sino personas que viven en el mundo real y que conocen la realidad en la que operan las normas) a las críticas que le iban a llover desde sectores jurídicos, empresariales y mediáticos (importantes) sobre una interpretación de la norma que hace, "dada la gran cantidad de convenios previos a la reforma que contienen cláusulas de ultraactividad", que el cambio normativo "pierda fuerza", pero ello no es tarea de los jueces remediarlo sino que era tarea del legislador si así lo deseaba, algo que cuestiona implícitamente la Sala cuando recuerda el amplio espacio otorgado a la autonomía negocial en la reforma de 2012, y la importancia que esta confiere a la negociación colectiva para regular las relaciones de trabajo de tal manera que su contenido se adapte "a los cambiantes escenarios económicos y organizativos" tal como manifiesta expresamente el preámbulo de la Ley 3/2012.

En fin, la Sala acepta nuevamente, a efectos meramente dialécticos, que el legislador "no hubiera sido consciente de este efecto" de su diseño legal, y aquí aduce en apoyo de su tesis la conocida diferencia entre aquello que quiere el legislador y aquello que dice la ley (es decir, la mens legislatoris y la mens legis) para enfatizar que el hecho de que la regulación de la figura jurídica sea más o menos efectiva "no puede actuar como prejuicio en la interpretación judicial de un precepto que expresamente cede la prioridad a la autonomía colectiva, para acotar esta última cuando el legislador no lo ha hecho", concluyendo con el reconocimiento y validez jurídico del pacto de vigencia suscrito en el convenio denunciado y en fase de negociación, ya que eso justamente fue, y sigue siendo mientras no se alcance un nuevo acuerdo, "lo que las partes han establecido, con el beneplácito de un régimen legal que sólo ha alterado la regla subsidiaria".

2. Paso a continuación al examen de la sentencia del TS de 17 de marzo. El recurso de casación se interpone al amparo del art. 207 e) de la Ley reguladora de la jurisdicción social, esto es por infracción de la normativa y jurisprudencia aplicable, habiéndose pronunciado el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe a favor de la desestimación.

En el primer motivo del recurso se alega, de forma coherente con la defensa de la tesis empresarial en instancia, infracción por la AN del art. 86.3 de la LET en relación con la disposición transitoria cuarta de la Ley 3/2012, mientras que en el segundo, planteado con carácter subsidiario, se alega que la infracción del art. 86.3 también se produce en relación con lo dispuesto en el art. 1.3 del convenio colectivo cuestionado. La estrecha vinculación de ambos motivos llevará a la Sala a dar respuesta conjunta a ambos, "dada la íntima relación que guardan entre sí y la conveniencia de no examinar separadamente cada uno de ellos".

La argumentación de la recurrente, como no podía ser de otra forma, es sustancialmente idéntica a la defendida en instancia, basándose en lo dispuesto en la exposición de motivos de la Ley 3/2012 y poniendo en relación el mismo con la reforma del art. 86.3 para enfatizar que el pacto en contrario debe producirse "una vez vencido el convenio colectivo, ya que es en ese momento cuando se constata la ineficacia del proceso negociador". Si prosperara la tesis defendida por la AN se desconocería, afirma la recurrente siguiendo a un sector de la doctrina laboralista, el "radical cambio" que ha supuesto a su parecer la reforma operada en 2012, porque en tal caso "resultaría que todos los convenios anteriores a la reforma, de contener pactos sobre la ultraactividad, quedarían excluidos ahora y siempre de la necesidad de pactar, en contrario de la limitación introducida en dicha ultraactividad".

La Sala recuerda con brevedad los hechos que considera relevantes para resolver el conflicto, de los que ya he dejado somera constancia en mi anotación a la sentencia de la AN, y sitúa con total claridad jurídica cuál es la "cuestión litigiosa" en el primer párrafo del fundamento jurídico quinto, esto es la de saber "si continúa en ultraactividad un convenio colectivo -en el asunto examinado el III Convenio Colectivo suscrito entre Air Nostrum, Líneas Aéreas del Mediterráneo SA y sus trabajadores- que ha sido suscrito y publicado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/2012, que ha sido denunciado con anterioridad a la entrada en vigor de dicha Ley, que a fecha 8 de julio de 2013 no se ha alcanzado un acuerdo y que contiene una cláusula en la que se dispone que "denunciado el convenio y finalizado el periodo de vigencia restante, o el de cualquiera de sus prórrogas, permanecerán vigentes las cláusulas normativas del convenio hasta tanto no se produzca la entrada en vigor del convenio que haya de sustituir al presente".

Para dar respuesta a dicha pregunta, la Sala repasa con anterioridad los cambios que se han operado en el art. 86 de la LET, diferenciando estas etapas normativas: la anterior a la entrada en vigor del RDL 7/2011 de 10 de junio, la vigente entre la vigencia de esta norma y la entrada en vigor de la Ley 3/2012 (aunque en puridad hubiera sido más correcto a mi entender diferenciar también entre la entrada en vigor del RDL 3/2012 y la citada ley), y finalmente la vigente desde el 8 de julio de 2012. En su recorrido histórico legislativo, la Sala no olvida relacionar, ya que es una de las alegaciones de la recurrente, el art. 86.3 de la LET (versión actual) con la disposición transitoria cuarta de la Ley 3/2012, relativa a la vigencia de convenios denunciados, objeto de numerosas interpretaciones por parte de la doctrina laboralista y lógicamente también por parte de los TSJ y la AN, así como ahora también por el TS, cuando han debido pronunciarse sobre la misma. Recuerdo que dicha disposición tiene el siguiente contenido: "En los convenios colectivos que ya estuvieran denunciados a la fecha de entrada en vigor de esta Ley, el plazo de un año a que se refiere el apartado 3 del artículo 86 del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción dada al mismo por esta Ley, empezará a computarse a partir de dicha fecha de entrada en vigor."

3. La Sala "empieza por el final", o lo que es lo mismo manifiesta de entrada (fundamento jurídico sexto, núm. 2) su respuesta, negativa, al recurso planteado, aceptando la vigencia de una cláusula como la que recoge el convenio colectivo objeto del litigio. Es decir, y lo reproduzco para mayor claridad y mejor conocimiento de los lectores y lectoras del blog, la Sala sostiene, y fundamenta después, que "si un convenio colectivo, suscrito con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/2012, contiene una cláusula que prevea que una vez finalizado el periodo de vigencia y denunciado el convenio, permanecerán vigentes las cláusulas normativas hasta que se produzca la entrada en vigor de un nuevo convenio que haya de sustituirle, tal cláusula es el "pacto en contrario" al que se refiere el último párrafo del apartado 3 del artículo 86 ET".

De forma muy didáctica (como también acaece en el voto particular, si bien desde una perspectiva jurídica radicalmente contraria y defensora de la necesidad de que el pacto en contrario se encuentre sólo en convenios negociados con posterioridad al 8 de julio) la Sala fundamenta su tesis en seis razones:

En primer lugar, el tenor literal del precepto, acudiendo al art. 3.1 del Código Civil para recordar que las normas se interpretarán "según el sentido propio de sus palabras"; en segundo lugar, la inexistencia en la norma de distinción entre pactos suscritos antes o después de la entrada en vigor de la Ley 3/2012, por lo que aplica la máxima de que "donde la ley no distingue, no hay que distinguir"; en tercer lugar, y considero relevante esta tesis, la primacía de la autonomía de las partes que debe prevalecer sobre lo dispuesto en la norma legal, ya que esta dispone su aplicación "·salvo pacto en contrario", o por decirlo con las propias palabras de la sentencia, "si hay pacto expreso, contenido en el Convenio Colectivo, que prevé la prórroga de la ultraactividad hasta que se alcance un nuevo convenio, se aplica dicho pacto y no la pérdida de vigencia del convenio prevista en la norma, aplicable en defecto de pacto".

En cuarto lugar, el obligado acatamiento a la normativa internacional y europea, concretada en este caso en primer término en el Convenio núm. 98 de la OIT sobre negociación colectiva, ratificado por España, cuyo art. 4 llama a los Estados miembros a estimular "el pleno desarrollo y uso de

procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar por medio de contratos colectivos las condiciones de empleo; no menos importante, y supongo que la referencia agradará especialmente a la profesora Carmen Salcedo, una de las más firmes defensoras de su aplicación, es la mención a la Carta Social Europea y en concreto al derecho de negociación colectiva recogido en el art. 6 y que también llama a promover los procedimientos de negociación voluntaria entre las partes". Como "deformación académica", que se entenderá fácilmente, sólo encuentro a faltar en la argumentación de la Sala una mayor profundización jurídica sobre esta cuestión de capital importancia de aplicación preferente de la normativa laboral internacional y europea, y mucho más cuando el TC ha avalado la reforma laboral de 2012 con escasa o nula atención a los textos normativos de allende nuestras fronteras pero que ha sido ratificados por España (en algún caso, ciertamente, de forma parcial) y que por ello forman parte del ordenamiento jurídico interno.

En quinto lugar, y fíjense que no es casual el orden de argumentación respecto a las fuentes jurídicas de referencia, tras las menciones a la normativa internacional y europea se acude al art. 37 de la Constitución, al reconocimiento de la fuerza vinculante de los convenios, en los términos efectuados en la sentencias 58/1985 de 30 de abril, es decir "… la atribución a los Convenios Colectivos de una eficacia jurídica en virtud de la cual el contenido normativo de aquéllos se impone a las relaciones individuales de trabajo incluidas en sus ámbitos de aplicación de manera automática, sin precisar el auxilio de técnicas de contractualización ni necesitar el complemento de voluntades individuales". Distinto planteamiento en términos constitucionales será el efectuado en el voto particular, con remisión a la sentencia 8/2015 de 22 de enero, que considera el derecho de negociación colectiva como un derecho "de configuración esencialmente legal", tesis rotundamente refutada y rechazada, con muy sólida argumentación jurídica por el voto particular emitido por el magistrado Fernando Valdés, aunque dicho rechazo se quede solamente, al menos de momento, es eso, es decir en un voto particular discrepante de una sentencia.

Last but not the least, ultimo pero no menos importante, hay que acudir a la voluntad de las partes al suscribir el convenio colectivo, y la dicción literal del art. 1.3 (enlazando así esta tesis con la primera) no suscita duda alguna a cuatro integrantes de la Sala, en cuanto que los sujetos negociadores decidieron mantener la vigencia del texto suscrito hasta que no se alcanzara acuerdo sobre un nuevo texto que sustituyera al anterior, habiendo podido optar por un acuerdo distinto al respecto, algo que no hicieron. De tal actuación concluye la Sala, con acierto a mi entender tal como vengo exponiendo en comentarios anteriores a sentencias de los TSJ y AN, que el contenido normativo del convenio se mantiene en vigor y que "al haber pactado expresamente que el Convenio no pierde vigencia, a pesar de haber sido denunciado, está clara la voluntad de los firmantes del Convenio". La dicción de la disposición transitoria cuarta de la Ley 3/2012 sólo regula "una regla para determinar el dies a quo del cómputo del plazo de un año..", pero no entra en las reglas de la vigencia de los convenios que están recogidas en el art. 86 de la LET, tesis de la Sala que ha sido la mantenida en la gran mayoría de las sentencias dictadas hasta el presente por la AN y los TSJ.

En fin, de forma subsidiaria de los argumentos anteriores (no hubiera estado nada mal profundizar en estos argumentos, pero recordemos que las sentencias resuelven un caso concreto y no son monografías jurídicas) la Sala acude a tres argumentos que han sido profusamente desarrollados en algunas sentencias de la AN y de los TSJ, señaladamente en el "laboratorio jurídico" que es el TSJ del País Vasco: en primer lugar, que la exposición de motivos "no es una norma", aunque sí puede ayudar a su interpretación cuando no sea clara, pero para aquello que no puede jurídicamente servir es para "propugnar una determinada interpretación de un precepto"; en segundo lugar, que en modo alguno el legislador reformista de 2012 ha querido provocar una situación de vacío convencional, esto es la desprotección de los trabajadores cuando no hubiere convenio aplicable y que en teoría (siempre según determinadas interpretaciones, muy minoritarias, del art. 86.3 LET) hubiera que recurrir a la aplicación de la normativa general laboral vigente (¿salario mínimo interprofesional, por ejemplo). En fin, la posibilidad de evitar la petrificación de convenio está perfectamente prevista en otro precepto de la reforma, en concreto del art. 82.3 de la LET (cuya constitucionalidad ha sido avalada por el TC) y la posibilidad de inaplicar el convenio vigente cuando la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (CCNCC), organismo equivalente autonómico, o arbitro o árbitros designados al efecto,

acepten, total o parcialmente, la tesis de la empresa para justificar la desvinculación. Mecanismo este, el de inaplicación de convenios, que ha sido utilizado por las empresas, pero no tanto como pudiera haberse previsto por quienes elaboraron la reforma, si nos atenemos a los datos disponibles en la CCNCC desde la entrada en vigor de la Ley3/2012.

4. La confirmación de la sentencia de instancia no es la respuesta jurídica que considera el magistrado Antonio V. Sempere que hubiera debido darse por la Sala al recurso de la parte empresarial, y de ahí que emita un voto particular (tan o más amplio que la fundamentación jurídica de la sentencia) en el que pone de manifiesto en su inicio una premisa previa de la que parte, esto es que el debate suscitado "es de pura interpretación normativa..", así como también que formula el voto particular a efectos de un mayor enriquecimiento jurídico del debate, y que no tenía voluntad de trasladar "ad extra" sus tesis, pero que así lo hace finalmente porque "el resto de componentes de la Sala me ha encarecido que dé forma de voto particular (VP) a la postura defendida..".

Coincido con la apreciación del magistrado de encontrarnos ante un debate de interpretación normativa, añadiendo por mi parte que para dicha interpretación hay que situar la norma en el marco del sistema jurídico de fuentes de la relación jurídico laboral, tomando plenamente en consideración la normativa internacional y europea de aplicación en materia de negociación colectiva, así como también el marco constitucional y la doctrina del TC sobre el art. 37, que no se agota ni mucho menos (por si a alguien se le ha olvidado) en la reciente sentencia 8/2015 de 22 de enero, sino que cuenta con una consolidada posición jurisprudencial en punto al reconocimiento y protección de ese derecho que en modo alguno ha desaparecido por mor de las tesis defendidas en la citada sentencia, y que concede una importancia tal al derecho de negociación y su plasmación concreta en el producto jurídico del convenio colectivo estatutario que lleva a concluir a mi parecer, en plena sintonía con la mayor parte de la doctrina judicial, que no cabe una interpretación del art. 86.3 de la LET que pudiera abocar a un vacío convencional y a una mera aplicación de la normativa legal, habida cuenta por otra parte del amplio número de materias que dicha normativa remite a la negociación colectiva en punto a su regulación. No parece que la tesis del voto particular, ya lo he apuntado antes, coincida con la que acabo de exponer, ya que esta se basa sólo en la sentencia 8/2015, que ciertamente se apoya en otras sentencias del TC pero con un uso de las mismas que es fuertemente criticado, por sesgado y desviado, en el voto particular de Fernando Valdés, con la tajante afirmación de que la tesis defendida tiene plena adecuación constitucional, esto es que "lejos de resultar ajena a las exigencias de nuestra Constitución, la interpretación que se acoge quiere alinearse por completo con la misma"

Como he dicho con anterioridad, el voto particular es tan, o más, extenso que la fundamentación jurídica de la sentencia, y es plenamente coherente con la tesis defendida por el magistrado antes de su nombramiento y entonces en su condición de Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Rey Juan Carlos, con una detallada argumentación en la que trata de justificar su tesis de que una cláusula como la contenida en el convenio objeto del litigio, y todas aquellas que con contenido semejante se encuentran en un importante número de convenios negociados, y denunciados, antes de la entrada en vigor de la Ley 3/2012, no tiene encaje jurídico en el art. 86.3 reformado de la LET, es decir no puede ser el pacto en contrario al que se refiere dicha norma, ya que su redacción, teniendo en consideración "razones gramaticales, lógicas, históricas y teleológicas", lleva a la conclusión de que "debe alcanzarse y plasmarse en un instrumento normativo distinto al propio convenio (denunciado) y en un momento posterior", tesis como puede comprobarse semejante a la mantenida por la recurrente en el recurso interpuesto contra la sentencia de instancia.

Deseo añadir que la claridad, obviamente desde su óptica conceptual, con la que se manifiesta el voto particular, no se encuentra ni en el texto de las enmiendas ni el debate parlamentario del proyecto de ley resultante de la tramitación parlamentaria del RDL 3/2012, ni en la exposición de motivos de dicho RDL y de la posterior Ley, y que incluso me atrevería a decir que pudiera no ser ahora la tesis más cercana al gobierno si hemos hacer caso a algunas manifestaciones de responsables (no citados por sus nombres y apellidos) a preguntas periodísticas sobre la sentencia de 17 de marzo y que afirmaron que los tribunales, y el TS en este caso, no hacían más que aplicar la reforma laboral.

No puedo, ni creo que deba, sustituir al magistrado en la explicación de su voto particular, salvo en aquellos aspectos conceptuales que me han parecido más relevantes y que he mencionado con anterioridad. Por ello, baste ahora añadir, y remito a todas las personas interesadas a su lectura detenida y atenta, que el voto, después de haber procedido a defender su pleno encaje o adecuación constitucional, procede a continuación al análisis detallado de la estructura del art. 86.3 de la LET, para tratar de demostrar que el precepto tiene una claridad expositiva (no es esta precisamente la tesis de la mayor parte de la doctrina científica y de la judicial) que permite llegar a la conclusión de que la regla principal de "libertad de pactos" prevista en el texto ha de compatibilizarse con las reglas especiales que "los limitan", por lo que la regla imperativa de duración máxima de la ultraactividad de un año salvo pacto en contrario lleva a que nos encontremos "ante norma de orden público, que se impone sea cual sea la voluntad inicial de las partes al suscribir el convenio colectivo".

En apoyo de su tesis, que extrae de su explicación de la estructura del art. 86.3, acude a la exposición de motivos y a la tramitación parlamentaria del proyecto de ley, que vuelvo a insistir, y lo digo con conocimiento de causa porque la seguí atentamente desde su inicio y en el blog queda constancia de ello, de que no fue un prodigio de argumentación y claridad conceptual sino todo lo contrario. No obstante, y alterando ciertamente por mi parte el orden de la argumentación del voto particular contenido en su apartado 5, repárese en que la defensa de la tesis ahora sostenida tiene también un punto claro de crítica a la redacción de la norma, aunque luego, insisto, se trate de salvar, ya que el magistrado afirma que "sin la debida claridad y al margen del juicio que ello merezca, la Ley 3/2012 quiso establecer un tope a la vigencia del convenio colectivo ya vencido y denunciado, extrayendo esa materia del régimen general autonomista". Me viene inmediatamente a la cabeza, y lo dejo apuntado, la distinción entre la mens legislatoris y la mens legis a la que se refiere con cuidada atención la sentencia de la AN como uno más de los argumentos expuestos en la resolución judicial para defender la vigencia de la cláusula convencional del convenio, defensa de la que ahora se ha hecho también partícipe el TS.

Para concluir, y repito que no puedo ni quiero sustituir el parecer del voto particular sino sólo formular algunas consideraciones críticas al mismo, se encuentra a faltar, al igual que en la sentencia, una mayor fundamentación del porqué de la nula importancia que el voto particular confiere a la normativa internacional y europea. Por último, y de forma plenamente incidental y sin mayor fundamentación, el voto acepta la contractualización de las condiciones de trabajo si no existiera convenio de ámbito superior, haciendo suya pues la tesis de la sentencia de 22 de diciembre de 2014, cuando el voto particular que defendió el mismo magistrado, y al que se adhirieron cinco miembros más del Pleno de la Sala, llegaba a algunas conclusiones semejantes pero en absoluto era idéntico, ni mucho menos, al texto de la sentencia, tal como expliqué en mi comentario.

### *2.7.3. Ultraactividad. Se mantiene el criterio del TS… pero con un voto particular muy discrepante … de dos sentencias Notas a la sentencia del TS de 1 de diciembre de 2015 y recordatorio de la del TSJ de Cataluña de 12 de diciembre de 2013 (caso convenio colectivo de mercancías por carretera y logística de Barcelona), y voto particular discrepante de aquella… y también de la de 22 de diciembre de 2014*

1. Es objeto de comentario en esta entrada la sentencia dictada el 1 de diciembre por la Salade lo Social del Tribunal Supremo, de la que fue ponente la magistrada Mº Luisa Segoviano (y formada además por los magistrados Fernando Salinas, Luis Fernando de Castro, Antonio V. Sempere y Jordi Agustí), que desestima los recursos de casación interpuestos por dos organizaciones empresariales contra la sentenciadictada el 12 de diciembre de 2013 por la Sala de lo Social del TribunalSuperior de Justicia de Cataluña, que estimó la demanda presentada por UGT y CC OO de Cataluña y declaró la vigencia del convenio colectivo de mercancías por carretera y logística de Barcelona.

Transcribo a continuación un fragmento del amplio resumen oficial de la sentencia: "Conflicto colectivo. Ultraactividad del Convenio del Sector de Transportes de Mercancías y Logística de la provincia de Barcelona para los años 2007- 2010. … El convenio mantiene su ultraactividad mientras existan conversaciones o estudios,

habiéndose mantenido conversaciones, negociaciones y reuniones. Ha habido intentos de conciliación ante el TLC e intentos de mediación ante la DGRL a lo largo de 2011, 2012 y 2013, habiéndose prolongado la vigencia del convenio por decisión de las asociaciones empresariales hasta diciembre de 2013…Reitera doctrina STS de 17 de marzo de 2015… Voto particular".

2. Tuve oportunidad de analizar con detalle la sentencia dictada por el Pleno del TSJ el 12 de diciembre de 2013, y recupero ahora de mi anterior comentario losfragmentos más relevantes para enmarcar adecuadamente la decisión del altotribunal, que ya adelanto que cuenta con el voto particular discrepante del magistrado Luis Fernando de Castro, ponente inicial de la sentencia.

"… Hasta donde mi conocimiento alcanza, la sentencia dictada el pasado 12 de diciembre por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia, de la que ha sido ponente la magistrada Matilde Aragó, es la primera en la que el TSJ ha debido pronunciarse sobre la vigencia de un convenio colectivo denunciado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/2012 de 6 de julio.

Es una sentencia muy interesante, con un análisis riguroso de los hechos probados y el seguimiento de las vicisitudes del conflicto desde sus inicios hasta el acto del juicio, para llegar a la estimación parcial de la demanda en los términos que explicaré más adelante y con los que coincido.

… La sentencia da respuesta a la demanda interpuesta por las organizaciones sindicales CC OO y UGT el 1 de octubre, en procedimiento de conflicto colectivo, contra las patronales del sector del transporte de mercancías por carretera y logística de la provincia de Barcelona TRANSCALIT y ACET, habiendo celebrado el acto de juicio el 4 de diciembre, previo intento fallido de conciliación.

A) Las pretensiones de las demandantes, en una estrategia jurídica semejante a la planteada por las mismas pero en otros ámbitos sectoriales y territoriales de toda España eran tres: la primera, sin duda la de mayor relevancia, la declaración de vigencia del convenio objeto de litigio y, por consiguiente, el mantenimiento de los derechos y condiciones de trabajo del personal incluido en aquel hasta alcanzar un acuerdo de eficacia general en el sector; en segundo término, la declaración de la existencia del deber de negociar y la obligación de la parte empresarial de cumplir este deber; en fin, que se reconociera (como consecuencia de la aceptación de las dos pretensiones anteriores) el derecho de los trabajadores afectados por el conflicto "de disfrutar de las condiciones laborales y económicas establecidas en el convenio". La argumentación de las demandantes se basa en síntesis en la tesis de la primacía de la voluntad de las partes negociadoras sobre lo dispuesto en el art. 86.3, entendiendo que la redacción del art. 5 del convenio, que examinaré a continuación, preveía la "prórroga automática" durante la negociación del nuevo convenio. También, y no podía ser de otra forma a mi parecer, en una defensa del derecho constitucional a la negociación colectiva (art. 37.1 CE) que ha de ser el punto de referencia para la interpretación del precepto normativo de la LET. Es interesante igualmente, en cuanto que hay un acuerdo propio de Cataluña entre los agentes sociales para buscar vías de entendimiento entre los sujetos negociadores que eviten conflictos una vez finalizada la vigencia del convenio, la tesis de las demandantes sobre la obligación asumida por los sujetos firmantes del acuerdo interconfederal catalán de comprometerse (y pedirlo a sus organizaciones) a mantener la vigencia del convenio mientras se siguiera negociando la suscripción de uno nuevo; en fin, y con carácter subsidiario (por lo que queda claro que la tesis sindical prevalente en vía judicial, en este y en otros casos que he examinado, es la defensa del mantenimiento de la vigencia del convenio), se defiende la tesis de la "contractualización" de las condiciones de trabajo convencionales, es decir que las pactadas en el convenio "han pasado a ser parte de las condiciones laborales incluidas en el contrato bilateral individual". La Sala, ya lo adelanto, al estimar la primera pretensión, no entrará a conocer de la planteada con carácter subsidiario.

B) Las partes demandadas se opusieron a la demanda con la argumentación de que sería de aplicación a partir del 8 de julio de 2013 un convenio colectivo de ámbito superior, en concreto el Acuerdo general estatal del transporte de mercancías por carretera de 12 de noviembre de 2.010, ya que el convenio provincial había decaído en su vigencia por estar rotas las negociaciones desde dos años antes y no poderse aplicar en consecuencia la tesis de la prórroga automática del convenio. Además, hay dos argumentos que conviene resaltar: el primero, que podríamos considerar no jurídico propiamente dicho sino económico, ya que una argumentación de no mantener el convenio ahora

cuestionado fue que contenía "unas mejoras económicas muy superiores a las de otras provincias", que no se podían mantener en situación de crisis económica; el segundo, la aceptación de la tesis de la primera sentencia dictada en materia de ultraactividad por la Audiencia Nacional, de 23 de julio, pero justamente para intentar poner de manifiesto que no era aplicable a este convenio, ya que, como antes se ha expuesto, el proceso negociador estaba finalizado desde mucho antes del 8 de julio de 2013, por lo que no era, ni podía ser, de aplicación el art. 5 del convenio.

C) Bueno, me estoy dando cuenta de que estoy citando repetidamente el art. 5 del convenio y aún no he mencionado su contenido literal. Ahora lo hago inmediatamente, no sin antes poner de manifiesto que la redacción de las cláusulas de vigencia de un convenio adquieren una importancia muy superior tras la reforma de 2012 a la que existía con anterioridad, ya que en aquel entonces la normativa preveía el mantenimiento del contenido normativo de los convenios mientras se suscribiera uno nuevo. Pero…, algunos de los interesantes problemas jurídicos que se están suscitando ante los juzgados y tribunales…, versan justamente sobre la redacción de cláusulas de las que se desconocía la importancia que iban a tener en el momento actual; o por decirlo de forma más clara y contundente: con independencia de la tesis que se sostenga sobre la vigencia de los convenios colectivos denunciados hasta la suscripción de un nuevo acuerdo (y a ello me he referido ampliamente en otras entradas), o de la contractualización de las condiciones pactadas en sede convencional, la resolución judicial de un conflicto puede variar según cuál sea la redacción literal de la cláusula de vigencia, si una reiteración total o parcial del anterior art. 86.3, si una redacción que lleve a la misma conclusión aunque sea con diferentes palabras, o si una redacción que no diga nada sobre posible mantenimiento del convenio una vez denunciado.

El convenio objeto del conflicto es el del sector del transporte de mercancías por carretera y logística de la provincia de Barcelona, con vigencia 2007-2010. Su artículo 5, que lleva por título "denuncia y revisión" dispone lo siguiente: "La representación de la parte que desee la revisión o modificación del presente Convenio, deberá efectuar su denuncia al menos con 3 meses de antelación a la fecha de caducidad. En caso de no ser denunciado por ninguna de las partes, se entenderá prorrogado tácitamente hasta 3 meses después de que se produzca la denuncia por alguna de las partes. Si las conversaciones o estudios motivados por la revisión del Convenio se prolongaran por tiempo superior al de su vigencia inicial, o de cualquiera de sus prórrogas, se considerará éste prorrogado hasta la finalización de las mismas".

En los exhaustivos hechos probados de la sentencia se deja constancia de la denuncia del convenio por la parte trabajadora en septiembre de 2010, de la constitución de la comisión negociadora el 30 de junio de 2011 y de la celebración de numerosas reuniones desde esa fecha, con varias huelgas convocadas por las organizaciones sindicales para forzar un acuerdo, hasta la fijada en la reforma laboral para la finalización de la vigencia del convenio denunciado, esto es el 7 de julio de 2.013.

Es imposible realizar siquiera una síntesis de dichos hechos, que ocupan siete de las dieciséis páginas de la sentencia, pero sí pueden destacarse, y así lo hago a continuación, aquellos en los que se contienen datos que ayudarán a resolver jurídicamente el conflicto. Me parece especialmente relevante que en la reunión de la comisión negociadora de 2 de mayo, la controversia se centrara (hecho probado trece) "en la propuesta de prórroga de las condiciones del convenio o la firma de un nuevo convenio"; igualmente, que una reunión anterior de 15 de marzo (si bien no en comisión de convenio sino en trámite de mediación previo a la huelga convocada) la parte trabajadora propusiera el mantenimiento del convenio 2007-2010 para los tres años siguientes y que inmediatamente se iniciara la negociación de un nuevo convenio, con la respuesta por parte empresarial de que "estudiarán la propuesta efectuada y hará llegar una respuesta antes del inicio de la huelga" (hecho probado quince); también, y volviendo a la negociación del convenio, que en la reunión del 2 de mayo, una de las patronales ACET-UNO propusiera la prórroga del convenio hasta el 31 de diciembre de 2013 "para disponer de tiempo suficiente para la negociación del convenio" (hecho probado dieciséis), propuesta que hay que poner en relación con un escrito en semejantes términos dirigido por la citada patronal al sindicato CCOO, es decir de mantenimiento de la vigencia del convenio hasta el 31 de diciembre como máximo, "sin perjuicio de que la marcha de las negociaciones pueda permitirnos a las partes concedernos, llegado el momento, un mayor plazo para alcanzar un acuerdo" (hecho probado diecinueve).

Que las actas de las comisiones negociadoras, tanto en negociación de convenios como en procedimientos de despidos colectivos, suspensiones contractuales o reducciones de jornada, tienen cada vez más importancia en los conflictos que acaban sustanciándose en sede judicial, es algo que he repetido, y tratado de justificar, en numerosos comentarios anteriores del blog de sentencias dictadas en ambos ámbitos, y lo voy a hacer una vez más al leer el hecho probado veinte, en que el ciertamente no se recoge una propuesta presentada en reunión de comisión negociadora pero sí en intento de mediación entre las partes por la autoridad administrativa autonómica laboral al amparo de la posibilidad ofrecida por el marco normativo vigente (art. 89.4 de la LET: "4. En cualquier momento de las deliberaciones, las partes podrán acordar la intervención de un mediador designado por ellas"). En la reunión celebrada el 2 de julio, en un intento de acercar posiciones sobre la ultraactividad del convenio por ser inminente la fecha (7 de julio) a partir de la que podría suscitarse conflicto, la parte empresarial formuló la propuesta (sin alcanzarse acuerdo con la parte trabajadora) de prorrogar el plazo de negociación del convenio que debía sustituir al de 2.007-2010 hasta el 30 de noviembre; si en esa fecha no hubiera habido acuerdo, las partes acudirían al trámite de mediación para intentar llegar a un acuerdo antes del 31 de diciembre, y en caso de no alcanzarse "el convenio decaerá", incluyendo además, supongo que como contrapartida a su propuesta, que se acordara el mantenimiento de la paz social en el sector hasta el 31 de diciembre. En fin, una vez alcanzada la fecha del 7 de julio no parece haber dudas de que las partes siguieron hablando, debatiendo, negociando sobre el convenio del sector, pues ninguna duda hay de ello si se lee el hecho probado veinticuatro en el que se recogen los que se califican de "Acuerdos y compromisos" alcanzados en la reunión del día 29 de julio en el Consell de Relacions Laborals, que dicho sea con toda sinceridad más que acuerdos y compromisos me parecen manifestaciones de cada una de las partes y nada más (ni nada menos por su importancia a efectos jurídicos): TRANSCALIT manifiesta su voluntad de seguir negociando "para llegar a un acuerdo satisfactorio" pero sin adherirse al acuerdo interconfederal catalán de 18 de junio, mientras que los sindicatos reiteraron su voluntad de adhesión a dicho documento, mientras que en un punto intermedio la patronal ACET-UNO manifiesta su voluntad de adhesión y si no fuera posible hacerlo de forma conjunta por las organizaciones empresariales hacerla ella por separado y con la representación que ostenta.

Me dejo muchas cuestiones importantes de los hechos probados, pero no debo finalizar mi intervención en este punto sin antes recordar que el debate suscitado sobre el mantenimiento de la vigencia del convenio no ha sido nada teórico, sino extraordinariamente práctico, primero por la manifestación expresa de la patronal TRANSCALIT en su página web de la manifestación de que el convenio colectivo 2007-2010 había decaído y no era aplicable a partir del 7 de julio de 2013, y segundo porque como consecuencia directa de esta tesis defendida por la organización empresarial, y tal como se recoge en el hecho probado veintitrés "diferentes empresas del sector afectado por el ámbito de aplicación del convenio citado, han comunicado al personal o a su representación unitaria, que el convenio ha perdido su vigencia y eficacia, y que las relaciones laborales pasarán a estar reguladas por el II Acuerdo General del Transporte de Mercancías por Carretera de 12 de noviembre de 2.010, y en lo no previsto, por el Estatuto de los trabajadores". Con respecto a este acuerdo marco estatal interesa reseñar, y así también lo hace el hecho probado veintiséis, que su art. 6 se refiere a su carácter supletorio en los siguientes términos: "Dado el carácter de norma supletoria que tiene el presente II Acuerdo general, la regulación contenida en convenios colectivos estatutarios de cualquier ámbito territorial inferior será siempre de aplicación preferente, excepción hecha de las materias recogidas en el artículo 84.4 del Estatuto de los Trabajadores, pudiendo regular materias no incluidas en este II Acuerdo general. En las materias o aspectos no regulados en los convenios colectivos de ámbito inferior, tanto preexistentes como posteriores a este II Acuerdo general, así como en los casos en que no exista convenio colectivo, los preceptos del II Acuerdo General serán directamente aplicables a las empresas y trabajadores incluidos en su ámbito funcional".

D) La muy rigurosa redacción de los hechos probados deja bien desbrozado el camino a la Sala para la resolución jurídica del conflicto, que se aborda a partir del fundamento de derecho tercero. En primer lugar, y con respecto a la validez de las cláusulas de ultraactividad pactadas antes de la entrada en vigor de la Ley 3/2012, la Sala acoge y hace suya la doctrina sentada en la primera sentencia dictada en la materia por la AN el 23 de julio y reiterada en la de 19 de noviembre.

Aceptada con carácter general la vigencia de tales cláusulas de ultraactividad (la Sala no entra en la diferente redacción que puedan tener las mismas y su posible incidencia en cada caso concreto), se trata entonces de determinar si el art. 5 del convenio colectivo 2007-2010 permite concluir, o no, que el convenio sigue vigente hasta que "finalicen" las "conversaciones o los estudios" motivados por la revisión del convenio. No estoy en la piel de los negociadores de aquel convenio para saber el motivo de la no utilización del término "negociación", pero supongo que algunos quisieron ampliar el ámbito, justamente, de las conversaciones entre las partes y que estas también tuvieran su importancia, y bien que la han tenido, a los efectos de determinar la prórroga del convenio. Porque, en efecto, los hechos probados han puesto claramente de manifiesto, así lo constata la Sala, que durante todo el período que se inicia desde mediados de 2011 "no se han dejado de realizar negociaciones entre los sindicatos y la patronal", y que la comisión negociadora se ha reunido en numerosas ocasiones, por lo que sí ha habido "conversaciones y reuniones" relacionadas con el convenio en fase de negociación, y si cupiera alguna duda de ello las manifestaciones formuladas por las partes en la reunión del 29 de julio en el CRL y que ellas mismas rotulan como "Acuerdos y compromisos" la hacen desvanecer. En conclusión, si durante más de dos años ha habido reuniones, conversaciones y negociaciones, más allá de las palabras que se utilicen parta definir cada reunión y sus contenidos, es obvio que se ha seguido negociando y no se han roto las negociaciones, y de ahí que la Sala concluya, con estimación de la primera pretensión formulada por las partes demandantes, que "aplicando literalmente el precepto (art. 5) no hay duda de que tal como pactaron las partes el convenio estaría en situación de prorrogado hasta que finalice", "con el reconocimiento que esta declaración comporta respecto a la vigencia de las condiciones laborales regidas por el convenio prorrogado, en los términos que el mismo convenio dispone".

La estimación de esta pretensión hará que la Sala no se pronuncie, no entre en el debate, sobre la petición subsidiaria de contractualización de las condiciones de trabajo pactadas en el convenio colectivo. Con respecto a la segunda pretensión planteada, el reconocimiento del deber de negociar de buena fe, la Sala no cuestiona en modo alguno, en un análisis teórico, la importancia de dicho reconocimiento en cuanto que formaría parte del derecho a la negociación colectiva y enfatiza la importancia de este derecho con una amplia cita de la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 107/2000 de 5 de mayo, así como también recuerda, y me parece muy oportuno que lo haga, que el deber de negociar de buena fe como parte integrante del derecho a la negociación colectiva y el fundamental de libertad sindical ha sido también reconocido por el TS y en sentencias de la propia Sala. Ahora bien, dicho esto y reconocido genéricamente hablando el derecho, se manifiesta que puede tener sus límites, como son los de practicarse durante un período determinado, es decir el período de consultas por ejemplo, de tal manera que el hecho de que un proceso negociador no sea ilimitado no afectaría negativamente al cumplimiento de este deber por ambas partes si durante ese período se ha respetado plenamente, ni tampoco quedaría afectado por el hecho de no alcanzarse un acuerdo, ya que "la buena fe negociadora no comporta necesariamente la obligatoriedad de pactar en todas las circunstancias". Coincidiendo con la tesis de la Sala, y que es aceptada pacíficamente por la doctrina iuslaboralista, señalo incidentalmente la importancia que también está adquiriendo en muchos conflictos laborales que acaba ante los tribunales la defensa del deber de negociar de buena fe, y la alegación de incumplimiento por la parte empresarial, para tratar de sustentar como mínimo una parte de las pretensiones planteadas".

3. Contra la sentencia de instancia se interpusieron recursos de casación por lasorganizaciones empresariales del sector Transcalit y Acet Uno Cataluña, que como ya he adelantado fueron desestimados por el TS, en los mismos términos que propugnana el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe. Ambos recursos plantean diferentes motivos, solicitando la revisión de diversos hechos probados y argumentando la infracción del art. 86.3 de la LET en relación con la disposición transitoria primera de la Ley 3/2012 de 6 de julio.

Todas las peticiones de revisión de hechos probados serán desestimadas por la sentencia (tesis contraria será la mantenida por el voto particular discrepante, que acepta la revisión de algunos relacionados con la representatividad de las organizaciones empresariales). El TS repasa en primer lugar su consolidada doctrina jurisprudencial sobre los requisitos generales requeridos para que pueda prosperar la revisión fáctica solicitada, con una amplia transcripción de la sentencia de la Sala de 19 de diciembre de 2013, y a continuación va analizando una por una de las revisiones solicitadas

en los dos recursos, siendo desestimadas en unas ocasiones por irrelevantes para la resolución de la cuestión debatida, en otras porque los recurrentes formulan consideraciones jurídicas que no proceden en esta sede y que además la Sala puede entender que no son correctas, también porque se piden revisiones de datos "que no han sido planteados en la instancia", o bien porque la viabilidad de la petición no resulta directamente de los documentos invocados, "sino que hay que acudir a un bloque de casi sesenta documentos y realizar hipótesis, conjeturas y razonamientos para fijar el dato pretendido", o en fin porque la modificación o adición solicitada no tiene razón de ser ya que la mayor parte de los datos ya se encuentran recogidos en los hechos probados de instancia y además "resultan intrascendentes para la resolución del litigio".

Desestimados los motivos basados en el art. 207 d) de la Ley reguladora de la jurisdicción social, la Sala se adentra en el estudio de la argumentación jurídica de infracción de la normativa aplicable ex art. 207 e) de la citada Ley, argumentación que es sustancialmente semejante a la defendida en instancia y que también se ha mantenido por otras empresas y organizaciones empresariales en diferentes conflictos jurídicos derivados de la interpretación del art. 86.3 de la LET, en su versión reformada tras el RDL 3/2012 primero y la Ley 3/2012 después, en relación con la disposición transitoria cuarta de la última norma citada, conflictos que han merecido atención detallada por mi parte en anteriores entradas del blog desde el análisis de la primera sentencia dictada por la Audiencia Nacional el 23 de julio de 2013. La tesis de la patronal Transcalit es que el convenio objeto de litigio dejó de estar en vigor, perdió vigencia, el 8 de julio de 2013, mientras que idéntica tesis es defendida por ACET, que alega que no procede "interpretar extensivamente el pacto contenido en el artículo 5 del Convenio", ya que las negociaciones estaban rotas definitivamente desde hacía mucho tiempo, el 24 de noviembre de 2011, y que desde entonces las partes sólo se habían reunido con ocasión de tratar asuntos colaterales al conflicto", concluyendo que esa ruptura de las negociaciones implicaba que no procedía "aplicar el pacto sobre ultraactividad contenido en el artículo 5 del Convenio…".

Una vez explicada la argumentación de las recurrentes la Sala repasa aquellos que a su parecer son los hechos más relevantes del conflicto y que extrae de la sentencia del TSJ

catalán, para a continuación, y a fin de dar debida respuesta a la alegación de Transcalit, pronunciarse "respecto a la eficacia que ha de darse a los pactos sobre ultraactividad contenidos en convenios colectivos suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/2012 de 6 de julio y que han sido denunciados con anterioridad a dicha fecha", trayendo lógicamente a colación y reproduciendo extensamente la tesis defendida en la sentencia de 17de marzo y que ha sido seguida en las de 2 y 7 de julio, en la que defiende la validez de tales cláusulas que permiten mantener la vigencia del convenio denunciado mientras no se alcance un acuerdo con el que se proceda a su derogación. Por consiguiente, dado que el artículo 5 del convenio contempla la vigencia del convenio denunciado mientras no se suscriba un nuevo acuerdo, la Sala afirma su validez y que despliega su eficacia "mientras se cumplan las previsiones que en él se contienen", ya que las negociaciones, conversaciones o estudios motivados por la revisión del convenio se han seguido manteniendo sin haberse alcanzado un acuerdo que sustituya al convenio denunciado.

Respecto a la alegación de ACET de haberse roto definitivamente las negociaciones desde el 24 de noviembre de 2011 y el carácter meramente colateral de las reuniones mantenidas con posterioridad a esa fecha entre los sujetos empresarial y sindical, la Sala recuerda que el art. 5 del convenio no vincula la prórroga del mismo a la existencia propiamente dicha de negociaciones sino a que se produzcan "las conversaciones o los estudios motivados por la revisión del convenio", y me permito aquí reproducir una frase de mi comentario a la sentencia del TSJ catalán y que ya he recogido con anterioridad: "No estoy en la piel de los negociadores de aquel convenio para saber el motivo de la no utilización del término "negociación", pero supongo que algunos quisieron ampliar el ámbito, justamente, de las conversaciones entre las partes y que estas también tuvieran su importancia, y bien que la han tenido, a los efectos de determinar la prórroga del convenio".

En esta línea, el TS resalta la importancia de los términos literales del art. 5 del convenio para subrayar que la prórroga del mismo no se supeditaba en sentido estricto a la existencia de negociaciones durante el período posterior a su denuncia, sino que se vinculaba a la existencia de "las conversaciones

o estudios motivados por la revisión del convenio". Y da un paso más adelante para afirmar con rotundidad que la elección de los términos no fue casual y que las conversaciones y estudios son exigencias convencionales mucho más amplias o laxas que las de la negociación propiamente dichas, ya que aquellas no requieren de formalidades legales, mientras que esta requiere, si la entendemos en su estricta acepción jurídica, "la válida constitución y reunión de la comisión negociadora del Convenio, con la concurrencia de los requisitos exigidos por el Título III del Estatuto de los trabajadores". Pues bien, de los hechos probados se colige con claridad que existieron tales conversaciones y estudios durante el período posterior a la denuncia del convenio, por lo que siguieron existiendo las reuniones entre las partes para desbloquear la falta de acuerdo sobre la negociación; pero, añade la Sala en un esfuerzo argumental indudablemente meritorio, que aunque entendiéramos que el art. 5 sólo se refería a las negociaciones también encontramos en los hechos probados manifestaciones claras de su existencia como el intento de llegar a un acuerdo, fallido, en presencia de un mediador, en trámite durante el que se formulan propuestas y se intentan acercar posiciones pero sin éxito. De los hechos probados se constata que, con mayor o menor intensidad, ha habido reuniones entre las partes e incluso se acordó durante las mismas la prórroga del convenio hasta el 31 de diciembre de 2013, siendo todo ello demostrativo a juicio de la Sala de una realidad negociadora que no permite ahora alegar a la parte empresarial que "yendo en contra de sus propios actos…niegue que ha habido negociaciones, aunque hayan tenido escasos resultado, y en consecuencia que no es de aplicación el pacto sobre ultraactividad contenido en el artículo 5 del Convenio Colectivo".

En definitiva, y reiterando la tesis de instancia, el TS confirma la vigencia del convenio y la actuación no conforme a derecho de las patronales demandadas primero y recurrentes después al enviar comunicados a sus empresas afiliadas informándolas de la pérdida de vigencia del convenio y de la aplicación del Acuerdo general del transporte de mercancías por carretera y, supletoriamente, por la LET.

4. El extenso voto particular (doce páginas) del magistrado Luis Fernando de Castro tiene a mi parecer dos partes perfectamente diferencias: la primera, para poner de manifiesto su discrepancia con parte de la argumentación y el fallo de la sentencia analizada; la segunda, a mi parecer mucho más relevante, y que se plantea por entender el magistrado que puede hacerse al amparo de lo dispuesto en el art. 215 c) de la LRJS, es una carga (jurídica, of course) de profundidad contra la primera sentencia dictada por el TS en materia de ultraactividad, el22 de diciembre de 2014, en cuanto que considera que es "necesario del todo punto" reconsiderar la tesis central de aquella, la tesis contractualista, para, lo dice el voto particular sin ambages, "excluirla", y a cuya fundamentación dedica el bloque central del voto.

Tengo la intuición, y el valor jurídico de ello es inexistente porque no dispongo de prueba alguna para confirmarlo, pero no por ello quiero dejar de manifestar mi parecer, que la divergencia sobre la sentencia analizada en este comentario es más bien una búsqueda de poner entrar a manifestarse sobre la tesis contractualista de la sentencia de 22 de diciembre y tratar de darle la vuelta como un calcetín, aunque ni en la sentencia de instancia ni en la del TS haya habido pronunciamiento alguno al respecto dado que el TSJ catalán al resolver sobre las tres peticiones formuladas por las demandantes (siendo la tercera la de la contractualización de los preceptos convencionales) y estimar la primera, la vigencia del convenio por aplicación de lo dispuesto en el art. 5, entendió que no procedía pronunciamiento alguno sobre las dos restantes. Y desde luego, el voto ahora examinado, junto con los ya formulados en aquella sentencia, y sin olvidar los posteriores en las sentencias de 17 de marzo, 2 y 7 de julio, están sentando claramente las bases para un replanteamiento, cuando se decida que un asunto semejante deba ser llevado a pleno de la Sala, de la tesis asumida en aquella sentencia y la aceptación del voto particular suscrito por cuatro magistrados.

Quede aquí esta reflexión que combina la pura intuición con la reflexión más tranquila y sosegada tras la lectura detallada de todas las sentencias que ha dictado el TS en materia de ultractividad tras la reforma laboral de 2012 y los numerosos votos particulares emitidos, y a la que ya parece querer avanzarse el voto particular al enfatizar que la tesis llamada contractualista no tiene carácter de jurisprudencia porque se trata de una sola sentencia, y en la que además, insiste para reforzar su tesis el magistrado discrepante, "ni tan siquiera tuvo apoyo mayoritario dentro del Pleno de la Sala (todos los votos particulares – concurrentes y discrepantes – la rechazaron)".

Dado que el litigio que merece mi atención es el resuelto, y en los términos que lo ha sido, por el TSJ catalán y por el TS, es obligado prestar atención al parecer discrepante del voto sobre las argumentaciones y fallos de ambos. El voto, que sigue "en gran medida el proyecto (de sentencia) rechazado" como se advierte de manera expresa en su introducción, expone en primer lugar cuál era la pretensión de los demandantes, más exactamente las pretensiones, para pasar a continuación a recoger el fallo de la sentencia recurrida y las precisiones efectuadas en el fundamento jurídico sexto, calificado aquel con una expresión poco jurídica a mi parecer de "inexpresivo", aunque inmediatamente añade que el fallo tiene más "expresividad" (el término lo utilizo yo ahora) si se relaciona con lo dispuesto en el fundamento jurídico cuarto, último párrafo, e inmediatamente el voto procede a efectuar una síntesis de las que, a su parecer, son las cuestiones debatidas. Sin solución de continuidad procede a explicar cuáles son las peticiones de revisión de hechos probados (denominadas "variaciones fácticas") que no hubiera admitido en su sentencia, que coinciden en bastantes contenidos con los de la sentencia tanto por "incluir inaceptables referencias jurídicas" como por "suponer improcedentes valoraciones" quedar "inacreditadas" o ser "intrascendentes". Por el contrario, y a diferencia de la sentencia, sí hubiera aceptado la revisión solicitada de varios hechos, básicamente aquellos relativos a la composición de la comisión negociadora y a los contenidos de diversas reuniones celebradas entre las partes, aunque finalmente, y después de haber formulado la crítica a la sentencia por no aceptarlos, el voto concluya con la falta de importancia de la mayor parte de los mismos respecto a su incidencia sobre el fallo, pero que sí hubieran debido incorporarse porque "… en todo caso ofrecen una versión detallada de los acontecimientos que proporciona mayor soporte al razonamiento y a la decisión a adoptar".

El voto pasa a continuación a efectuar aquello que califica de "síntesis de los hechos que configuran el debate", para inmediatamente manifestar, ya en el plano jurídico, que su tesis es de acogimiento de la infracción normativa denunciada (la incorrecta interpretación del artículo 6.3 de la LET en relación con la disposición transitoria cuarta de la Ley 3/2012).

Pero, la aceptación de la tesis del recurso no se basa en los mismos argumentos que los defendidos en otro voto particular recogido en la sentencia de 17 de marzo de 2015 y formulado por el magistrado Antonio V. Sempere (que ha formado parte de la sala que ha dictado la sentencia ahora analizada) y que fue seguido por otros magistrados en las sentencias de 2 y 7 de julio, ya que se pasa de puntillas sobre esta cuestión o más exactamente ni se entra, afirmando, con carácter previo a su tesis discrepante, que "con independencia de la cuestión relativa a si el pacto en contrario de que trata la norma puede ser anterior a la Ley 3/2012..". No, su argumentación se sustenta en la interpretación contraria a la realizada por la mayoría de la Sala respecto del valor de los términos "conversaciones y estudios" contenidos en el art. 5 del convenio, por entender que de los hechos probados queda claro que la fecha máxima fijada por las partes para finalizar las negociaciones fue el 31 de diciembre de 2013, por lo que más allá no podía extenderse la ultraactividad. Dicho sea incidentalmente, vuelvo a llamar la atención sobre el uso que pueden dar los términos "conversaciones", "estudios" y "negociaciones" para sustentar tesis divergentes, y sigo teniendo la duda de saber si los negociadores del convenio eran conscientes, cuando redactaron el art. 5, de los conflictos jurídicos que podrían suscitarse. En efecto, mientras que la tesis de la sentencia acepta con claridad la tesis amplia, y entiende que ha habido, desde la denuncia del convenio no sólo negociaciones sino también conversaciones y estudios para intentar llegar, sin éxito, a un acuerdo, el voto particular se asienta sobre la importancia jurídica del vocablo negociación para concluir, siempre a partir de su interpretación de los hechos probados, que esta quedó definitivamente concluida el 31 de diciembre de 2013. Con sinceridad, no sé hasta qué punto el voto particular puede convertirse en intérprete de las palabras de un artículo del convenio y de ahí deducir además que los sindicatos asumían el fin de las negociaciones en una determinada fecha y que ello conllevaba la desaparición de la ultraactividad del convenio, pero esto, nada más ni nada menos, es lo que efectúa el voto particular.

Como he indicado con anterioridad, la importancia mayor del voto particular no radica a mi parecer en su crítica a la sentencia del TSJ de Cataluña, sino en su tesis (nuevo voto particular) total y radicalmente contraria a la primera sentenciadel TS en materia de ultraactividad, dictada el 22 de diciembre de 2014(ponente: Rosa Virolés) y que fue objeto de atención detallada en este blog. La aceptación de la tesis del recurso es el punto de partida para que el voto particular entre a pronunciarse sobre el tercer punto de la demanda, en el que no entró el TSJ catalán al haber estimado

el primero, un planteamiento subsidiario, ciertamente, pero que el voto particular entiende que hubiera debido darse "respuesta de manera expresa, una vez que … diversamente a lo resuelto (por la Sala) – procedía rechazar la pretensión cardinal de la demanda y tal decisión subsidiaria venía impuesta por las prescripciones del art. 215 c) LRJS…", interpretación del término "impuesta" que merecería un análisis más pausado del que ahora puedo hacer pero que me suscita dudas de que sea el más ajustado a los términos literales del citado precepto.

El núcleo central del voto particular… a la sentencia de 22 de diciembre de 2014 se encuentra pues dentro de otro voto particular a una sentencia que no resuelve nada al respecto porque sólo se pronuncia sobre el recurso de casación interpuesto contra una sentencia del TSJ catalán que entendió válida una cláusula del convenio colectivo y sólo se pronunció sobre esta cuestión, sin entrar a resolver sobre las dos cuestiones subsidiarias planteadas en la demanda por considerar que el asunto quedaba resuelto con su resolución sobre la primera. Obsérvese, en definitiva, como el voto particular indirecto a la sentencia de 22 de diciembre de 2014 se plantea a partir de la necesaria discrepancia, primero, con la sentencia del TSJ catalán, y posteriormente con la interpretación "amplia" de un precepto de la LRJS para poder exponerlo.

Y a tal efecto, cuatro páginas del voto están dedicadas a sentar las bases, este es mi parecer, para un cambio de doctrina (que ciertamente no aún de jurisprudencia dado que sólo se ha dictado una sentencia al respecto) por parte del TS sobre cómo debe interpretarse el art. 86.3 de la LET. Dado que mi comentario se ciñe a la sentencia de 1 de diciembre de 2015 y no al de 22 de diciembre de 2014, sólo dejo constancia de las ideas principales del voto para rechazar la última sentencia citada: porque "parte del incorrecto presupuesto de que la relación contractual se rige por el principio autonomista"; porque "la llamada *contractualización* se opone a nuestro sistema de fuentes de la relación de trabajo"; porque la tesis de aquella sentencia (a la que, conviene recordarlo, el firmante del actual voto particular emitió otro voto particular concurrente pero en línea distinta a la ahora defendida) "es opuesta a la regulación – legal y jurisprudencial – tanto de la negociación colectiva cuanto de la condición más beneficiosa, que se hacen inviables…".

No menos importante, tras el amplio análisis jurídico crítico de la sentencia de 22 de diciembre, es una afirmación contenida en las calificadas de "sucintas consideraciones finales", en las que el voto particular se sitúa preferentemente en la línea del voto particular de cuatro magistrados a aquella sentencia, al afirmar que "la rectificación que propongo del criterio sustentado en la tan referida sentencia 22/12/2014… únicamente se refiere a su base argumental, la doctrina*contractualista* en la que se sustenta, pero en forma alguna ello significa que ahora me oponga también a la conclusión entonces obtenida (inaplicabilidad de los mínimos legales en materia salarial cuando ha caducado el convenio colectivo no exista otro superior de posible aplicación"… aun cuando finalmente concluya que no puede aplicarse esta tesis porque en el caso concreto enjuiciado sí había convenio de ámbito superior, y por ello, añado yo ahora, sería este el que pasaría a regir las relaciones de trabajo del sector en la interpretación efectuada del art. 86.3 que, en suma llevaría a la fijación de diferentes salarios y tablas salariales. Con lo que, en suma, sí adquiere más importancia de la que inicialmente parecía tener, la discrepancia del voto particular a la sentencia de 1 de diciembre.

5. Concluyo. Una sentencia importante y un voto particular discrepante (de dos sentencias) no menos relevante. Tomen nota de ello todos los laboralistas interesados en la materia. Y tomen nota también quienes propugnan una reforma o derogación de la normativa laboral aprobada desde 2012, ya que poco a poco, paso a paso, buena parte de los magistrados de la Sala de lo Social del TS parecen acercarse a la interpretación del art. 86.3 de la LET en relación con la disposición transitoria cuarta de la Ley 3/2012 que se defendió desde los autores de la reforma. Quede aquí constancia de mi, subjetivo, parecer.

### *2.7.4. Ultraactividad y contractualización de las condiciones de trabajo. Trabajadores actuales y trabajadores futuros. El debate no está cerrado. Nota a la sentencia del TS de 18 de mayo de 2016.*

1. Es objeto de anotación en esta entrada del blog la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2016, de la que fue ponente el magistrado Jesús Souto y que

cuenta con un voto particular parcialmente discrepante a cargo de la magistrada Rosa Virolés, que es justamente el que me ha animado a efectuar la anotación de la sentencia.

El amplio resumen oficial de la sentencia, que permite conocer bien los entresijos del conflicto resuelto, es el siguiente: "Conflicto Colectivo. CCOO y comité de empresa de Vizcaya contra la empresa Delta Control Servicios, S.L. Caducado el convenio colectivo después de transcurrir un año desde el momento en que fue denunciado, sin que exista convenio de ámbito superior aplicable ni convenio posterior, seguirán aplicándose las condiciones laborales en él previstas -aunque como simples obligaciones contractuales, sin efecto normativo alguno-, a los trabajadores que tuviesen contrato de trabajo a la fecha de esa pérdida de vigencia normativa. Se sigue la doctrina plasmada en STS -del Pleno- de 22 dediciembre de 2014 (rc. 264/14) y, estimando este recurso de casación de la empresa, se desestima la primera petición de la demanda tal como viene planteada en relación con la naturaleza del referido derecho y se estima la petición subsidiaria. Voto particular".

2. El litigio del que ha conocido el TS encuentra su origen en la demanda interpuesta el 15 de octubre de 2014 por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras de Euskadi y el comité de empresa de Delta Control y Servicios SL ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. La demanda solicitaba con carácter principal la vigencia, tanto en su contenido normativo como en el obligacional, del convenio colectivo de la empresa, y subsidiariamente el derecho de los trabajadores con contrato en vigor de fecha anterior a 14 de enero de 2014 "a mantener a título individual las condiciones laborales" establecidas en el citado convenio.

La demanda fue estimada por el TSJ vasco en sentencia de 7 de enero de 2015, declarando que elconvenio colectivo vigente para el período 2008-2011 debía seguir aplicándose "a toda su plantilla actual y futura en tanto en cuanto no se suscriba otro nuevo que lo sustituya". La sentencia del TSJ desestimó la excepción procesal alegada de falta de legitimación activa de las dos demandantes, la sindical porque tiene implantación suficiente en el ámbito del conflicto, y la unitaria, porque aunque la petición formulada por el comité de empresa del centro de trabajo de Álava pedía la aplicación del convenio a todos los trabajadores (la empresa tenía tres centros de trabajo en Euskadi), y ello entraría en contradicción con la aplicación del principio de correspondencia, habría circunstancias especiales en este caso que admitirían su legitimación "en concreto las actuaciones previas de la empresa, ya que siempre ha reconocido como único interlocutor a dicho comité, y que el delegado de personal de Álava no haya asistido a las reuniones, a pesar de haber sido citado".

3. La lectura de los hechos probados de la sentencia de instancia, que se recogen en el antecedente de hecho cuarto de la sentencia del TC, permite tener un buen conocimiento del conflicto suscitado, que no es otro que el planteado en numerosas sentencias anteriores en las que se debatió sobre el impacto de la reforma laboral de 2012 en materia de ultraactividad, es decir la interpretación del art. 86.3 de la Ley del Estatuto de los trabajadores y el valor de las clausulas convencionales que vinculaban, antes de su entrada en vigor, la derogación del convenio vigente a la suscripción de uno nuevo que procediera a su sustitución.

En este caso concreto, consta que tras la finalización del período de vigencia del convenio de empresa (2008 a 2011), la representación unitaria denunció el convenio el 28 de septiembre de 2012, sin que se alcanzara acuerdo con la empresa para proceder a la firma de uno nuevo en la reunión negociadora celebrada el 12 de diciembre de 2013. La parte trabajadora (sindicato y representación unitaria) instaron la declaración de nulidad o de no ajustada a derecho de la decisión empresarial de haber procedido a modificar los recibos salariales y a incrementar la jornada de trabajo (no se hace en el texto expresa mención del cumplimiento de un año el 8 de julio de 2013 desde la entrada en vigor de la reforma laboral de 2012, pero sin duda ello debió posibilitar la actuación empresarial más tarde denunciada).

En el acto de conciliación, celebrado en el marco del sistema de procedimientos voluntarios para la solución de conflictos laborales (PRECO), la empresa aceptó retirar las modificaciones llevadas a cabo, si bien manifestó, y lo destaco por su importancia para la resolución del conflicto, que el mantenimiento del clausulado del convenio colectivo de empresa "no supone la aceptación por parte de la empresa de que dicho convenio persista ultraactivo. La representación de la empresa considera

que la ultraactividad del convenio finalizó el 28 de septiembre de 2013. Se reconoce el derecho al mantenimiento de las anteriores condiciones debido a la contractualización de las condiciones previstas en el convenio...". Consta en el acta de la reunión las manifestaciones de la representación sindical y unitaria del personal sobre tales consideraciones de la empresa.

4. El recurso de casación se interpone por la parte empresarial, reiterando primeramente la tesis defendida en instancia de falta de legitimación activa de la representación sindical y también de la unitaria, por lo que la sentencia de instancia habría infringido los apartados a) y c) del art. 154 de la Ley reguladora de la jurisdicción social ("Estarán legitimados para promover procesos sobre conflictos colectivos: a) Los sindicatos cuyo ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto. c) Los empresarios y los órganos de representación legal o sindical de los trabajadores, cuando se trate de conflictos de empresa o de ámbito inferior").

Con posterioridad, se denuncia la infracción del convenio colectivo de empresa (art. 4), en relación con el art. 86.3 de la LET, y finalmente se alega vulneración de la doctrina sentada por la Sala en su pionera sentencia de 22 de diciembre de 2014, que mereció especial atención por mi parte en este blog.

En la sentencia de 18 de mayo para el TS los tres últimos motivos alegados están estrechamente relacionados, por lo que procederá a resolverlos conjuntamente.

5. La desestimación de la falta de legitimación activa de la representación sindical encuentra su razón de ser en la dicción del art. 154 a) de la LRJS en estrecha relación con el art. 17.2 de la misma norma. La tesis de la parte empresarial era que el sindicato CCOO sólo tenía presencia en el comité de empresa de Vizcaya, pero no en los centros de trabajo de Álava y Guipúzcoa, su bien ello no obsta a tener presente que el citado sindicato tiene "implantación suficiente" tanto en la Comunidad Autónoma como en la empresa (tres miembros en un comité de empresa de nueve) para poder instar un conflicto colectivo, existiendo una relación directa entre el sindicato y el objeto del pleito; es decir hay un interés colectivo cuya defensa asume la parte sindical.

Por el contrario, si será estimada la alegación de falta de legitimación de la representación unitaria por aplicación del principio de correspondencia. La Sala, pues, desestimará la alegación de la sentencia de instancia de concurrir circunstancias excepcionales que permitirían no aplicar dicho principio, poniendo de manifiesto que "no consta ninguna declaración de voluntad de la empresa dirigida a crear, con sus propios actos, un derecho exclusivo del comité de empresa en tal sentido", y que aunque así fuese, "esa actuación empresarial no tendría virtualidad alguna, por ir en contra de los preceptos de derecho necesario sobre negociación colectiva contenidos en el Título III del ET".

6. Una vez resueltas las alegaciones sobre legitimación de los demandantes, el TS entra en el estudio y resolución de los motivos basados en infracción de la normativa y jurisprudencia aplicable, y procede en primer lugar a recordar cuál es el contenido del art. 4 del convenio colectivo de la empresa, que preveía la prórroga automática anual tras su finalización el 31 de diciembre de 2011, salvo que fuere denunciado según lo dispuesto en el art. 5, manteniéndose la prórroga "hasta su sustitución por otro del mismo ámbito y eficacia". El art. 5 disponía que la denuncia debía formalizarse con tres meses de antelación "al vencimiento del plazo de vigencia o cualquiera de sus prórrogas".

Según consta en el acuerdo en el PRECO antes referenciado, la empresa aceptó el mantenimiento de las cláusulas del convenio colectivo en cuanto que contractualizadas, pero no su ultraactividad. Por su parte, la sentencia de instancia mantuvo la vigencia del convenio, tanto en la parte normativa como obligacional, debiendo seguir aplicándose a toda la plantilla hasta la firma de un nuevo texto que lo sustituya, siendo esa aplicación "a toda su plantilla actual y futura".

La Sala ya avanza, antes de entrar en el estudio de los tres motivos sustantivos, que va a estimar la tesis empresarial, y lo hará a partir de su interpretación de la sentencia del Pleno de la Sala de 22 de noviembre de 2014, de la que transcribe un amplio párrafo, consistente en defender la vigencia de las cláusulas pactadas en el convenio denunciado, pero aún en vigor, si bien no como cláusulas normativas sino contractualizadas desde el momento mismo de inicio de la relación contractual. Por ello, y en los mismos términos que la propuesta contenida en el informe del Ministerio Fiscal, se reconoce el

derecho de los trabajadores que prestan sus servicios en la empresa "a mantener a título individual las condiciones laborales establecidas en el convenio colectivo de referencia".

La Sala niega, por consiguiente, la vigencia del convenio en cuanto contenido normativo (y obligacional) aplicable a todos los trabajadores, tanto los que tenían contrato antes del 14 de enero de 2014, como a todos los contratados con posterioridad. Esto es al menos lo que deduzco de la argumentación y del fallo de la sentencia, afirmando además la Sala que no procede entrar en la resolución de una cuestión planteada "ex novo", las dos partes en conflicto, es decir tanto la recurrente como las impugnantes del recurso, "sobre la posible vulneración del principio de igualdad (art. 14 CE) entre los trabajadores con contrato anterior al 14/01/2014 y los ingresados con posterioridad".

7. El voto particular formulado por la magistrada Rosa Virolés, ponente de la pionera, y muy debatida y discutida, sentencia de 22 de diciembre de 2014 sobre la aplicación, y en qué términos, del art. 86.3 de la LET reformado en 2012, tiene una extensión casi idéntica a la de la argumentación de la Sala, lo que demuestra la importancia que le confiere, discrepando la magistrada de sus compañeros de Sala "en parte de los fundamentos que conducen al fallo (de la sentencia)".

El núcleo duro del voto parcialmente discrepante se encuentra en su apartado cuarto al referirse la magistrada a que la mayoría de la Sala dice aplicar lo dispuesto en la sentencia de 22 de diciembre de 2014, pero a su juicio "no lo hace en sus propios términos", y a partir de aquí reproduce ampliamente su contenido, algo que no realizo por mi parte al ser suficientemente conocido su texto, salvo la mención que ha merecido muy amplia atención en la doctrina laboralista, cual es que la contractualización de las condiciones de trabajo recogidas en el convenio, es decir para los trabajadores que prestan sus servicios en la empresa, implicará que "los trabajadores de nuevo ingreso carecerán de esa malla de protección que brindaba el convenio fenecido", añadiendo inmediatamente a continuación que "Ello podrá dar lugar ciertamente a problemas de doble escala salarial, de discriminación, y otros que no podemos abordar en este momento. En cualquier caso, y para evitar todos esos problemas, no es ocioso recordar, finalmente, que, aun habiendo terminado la ultraactividad del convenio en cuestión, ello no significa que no permanezca la obligación de negociar de buena fe en el ámbito colectivo, como establece el art. 89.1 ET…".

Para la magistrada que suscribe el voto particular, aquello que solicita la empresa en su recurso, es la aplicación de la doctrina contenida en la sentencia de 22 de diciembre de 2014, "aceptando el respeto de las condiciones que formaban parte de los contratos de trabajo existentes con anterioridad a la finalización de la norma pactada, que coinciden con las del convenio colectivo fenecido", centrando su discrepancia con la sentencia de instancia en que esta las aplica no sólo a los trabajadores actuales sino a la plantilla futura, es decir a toda nueva contratación efectuada a partir del 14 de enero de 2014, mientras que la empresa entiende que la contractualización sólo podrá ser válida para quienes presten sus servicios con anterioridad a dicha fecha, ya que ha dejado de tener valor normativo y por tanto no sería de aplicación a todos los trabajadores de la plantilla y con independencia de que la fecha de su contratación fuera anterior o posterior a la pérdida de vigencia del convenio.

Llegados a este punto, el voto particular coincide con la mayoría de la Sala en que el recurso de la empresa debe ser estimado, pero introduce alteraciones o modificaciones relevantes con respecto a la tesis defendida en la sentencia, y que por su interés reproduzco a continuación en aquello que es más relevante a mi parecer: "En definitiva, han de mantenerse las condiciones fijadas en el convenio colectivo -sin distinción alguna, y en concreto, sin necesidad de referencia expresa a las cláusulas normativas pues tal distinción no resulta de la STS/IV de 22/12/2014 )- por ser las que las partes en definitiva pactaron al suscribir el contrato de trabajo, a partir del momento en que pierde su vigencia el convenio colectivo, es decir, a partir de 28/09/2013, y ello solo afectará a los trabajadores que en tal momento se encontraban en la empresa; sin que la Sala se pronuncie sobre las contrataciones posteriores o futuras por no ser objeto del procedimiento, ni ser un tema resuelto en la STS/ IV de 22/12/2014 (rco., 264/2014 ), cuya resolución, en todo caso, habrá de pasar por la valoración de las circunstancias del caso concreto en el que se examine".

En suma, el voto particular rechaza una determinada interpretación de la sentencia de 22 de diciembre de 2014 que lleve automáticamente a la exclusión de la aplicación del convenio fenecido a las

contrataciones posteriores, afirmando con contundencia que se trata de una cuestión que no fue resuelta por el Pleno de la Sala en aquella sentencia y que deberá ser abordada cuando se plantee teniendo en consideración las circunstancias del caso concreto que se enjuicie.

No está cerrado el debate sobre la ultraactividad de los convenios colectivos y su impacto sobre las condiciones de trabajo, tanto de los trabajadores actuales como los de futuro de una empresa. El voto particular ha querido, y estoy seguro que a conciencia, dejarlo abierto. ¿Habrá que esperar a un Pleno de la Sala para abordar esta cuestión?

### *2.8. ¿Contratación laboral encubierta? Trabajos de colaboración social.*

Importante cambio de criterio del Tribunal Supremo sobre los trabajos temporales de colaboración social (y la utilidad de las redes sociales para acceder a las resoluciones judiciales). Notas a la sentencia de Sala General de 27 de diciembre de 2013.

1. La sentencia objeto de comentario es la dictada en Sala General el 27 de diciembre de 2013, de la que fue ponente el magistrado Fernando Salinas, sin que conste la existencia de votos particulares, aún cuando también cabe añadir que en la misma fecha se dictan dos sentencias más en idéntico sentido, habiendo tenido lugar la votación el 18 de diciembre (hecho probado quinto). Me refiero a la fecha de la votación porque otra sentencia también referenciada en las noticias periodística es probablemente la que ha "levantado la liebre" sobre el cambio de orientación del TS, y me refiero a la sentenciade 22 de enero de 2014, de la que fue ponente la magistrada Lourdes Arastey, que recoge fielmente la doctrina sentada en Sala General, cuya votación estaba inicialmente prevista para el día 10 de diciembre, es decir en fecha anterior a la de la dictada por la Sala General (hecho probado quinto) y que fue suspendido hasta el el 15 de enero. Dicho sea incidentalmente, sorprende que el gabinete de comunicación del TS no haya emitido nota alguna sobre la sentencia de 27 de diciembre y el cambio de orientación jurisprudencial que implica.

2. La sentenciade Sala General del TS de 27 de diciembre se dicta con ocasión del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Consejería de Empleo e Industria y Comercio del Gobierno de Canarias contra la sentencia del TSJ autonómico de 25 de mayo de 2012, dictada en recurso de suplicación interpuesto también por la autoridad canaria contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 3 de Las Palmas. En instancia se consideró la existencia de un despido laboral y no de un cese de relación jurídica temporal de colaboración social, pronunciamiento confirmado por el TSJ.

A) La lectura de los hechos probado de la sentencia de instancia, recogidos en el antecedente de hecho segundo de la sentencia del TS, nos permite conocer cuál fue el marco jurídico que provocaría el posterior conflicto, esto es la suscripción de un "contrato de colaboración social" (sic) por parte de una persona desempleada y perceptora de prestaciones, con período inicial de adscripción del 6 de febrero al 31 de diciembre de 2006 y que posteriormente fue prorrogado por diversos períodos hasta el 31 de mayo de 2011 (el dato no es de menor importancia para la resolución del litigio, ya que se trata de más de cinco años de "trabajos temporales de colaboración social"), con realización de tareas propias de auxiliar administrativa que siempre fueron las mismas y "con el mismo horario que el resto del personal laboral o funcionario de la Dirección General de Consumo". El juzgador entendió que la decisión empresarial de dar por extinguida la relación el 31 de mayo de 2011 no tenía cobertura jurídica en la presunta realización de trabajos temporales de colaboración social, por entender que detrás de esa apariencia había una relación jurídico laboral encubierta, por lo que condenó a la autoridad autonómica como autora de un despido sin causa, declarando la improcedencia del mismo.

La confirmación de esta tesis por el TSJ es la que lleva al gobierno canario a plantear RCUD con aportación de sentencia contradictoria de la propia Sala del TS de 9 de mayo de 2011, por entender que se ha vulnerado la normativa de aplicación a los trabajos temporales de colaboración social (art. 213.3 de la Ley General deSeguridad Social y arts. 38 y 39 del RD 1445/1982 de 25 de junio (modificadopor RD 1809/1986 de 28 de junio), así como también lo dispuesto en el art. 15.3 de la Ley del Estatuto de los trabajadores ("Se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley") y el art. 6.4 del Código Civil ("Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se

considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”).

B) La Sala centra con prontitud la cuestión en el fundamento de derecho primero, que consiste en determinar “si la relación que une a la parte trabajadora demandante con la Comunidad Autónoma demandada reúne los requisitos establecidos para los denominados " trabajos temporales de colaboración social " en el Real Decreto 1445/1982, de 25 de junio, por el que se regulan diversas medidas de fomento del empleo (en redacción dada a determinados preceptos por Real Decreto 1809/1986, 28 junio, que modifica la regulación de los trabajos de colaboración social contenida en Real Decreto 1445/1982) y en el art. 213.3 LGSS , en especial en los extremos relativos a los presupuestos exigibles de " carácter temporal ", de " utilidad social " o que redunden "en beneficio de la comunidad"; y, en concreto, si una Administración Pública puede lícitamente utilizar la figura del "contrato temporal de colaboración social " para contratar trabajadores que van a desarrollar tareas normales y permanentes de la Administración contratante”.

La tesis de la sentencia de instancia, mantenida por el TSJ autonómico en varias de sus sentencias que han llegado al TS para la unificación de doctrina (como por ejemplo la ya referenciada de 22 de enero de 2014) y a las que habrá que aplicar el cambio jurisprudencial del alto tribunal, es que no había un prestación (no laboral) de colaboración social permitida legalmente desde 1982, sino que bajo esa apariencia se escondía una relación jurídica laboral irregular, dado que la actividad de la actora era prestar servicios ordinarios y rutinarios que no tenían ningún tipo de autonomía y sustantividad propia, en idénticas condiciones a las del resto de trabajadores (personal laboral o estatutario), “sin que el contrato se hubiese celebrado en atención a una finalidad propia, a un resultado concreto perseguido” (fundamento de derecho primero).

El RCUD se basa sustancialmente en doctrina de la propia Sala de lo Social del TS, sentada en anteriores sentencias que debieron pronunciarse sobre los trabajos temporales de colaboración social y de las que el CENDOJ deja debida constancia, es decir (apartado 5 del fundamento de derecho primero) que tales trabajos no generan relación laboral alguna y que “aunque sea para tareas ordinarias y habituales de la Administración, no puede ser calificada de fraudulenta, lo que comporta la validez de esos contratos, que los mismos no tengan naturaleza laboral y que su tiempo de duración no pueda computarse a efectos de antigüedad en una relación laboral iniciada con ocasión de una contratación posterior”. Del cuidado examen que hace la Sala de los hechos probados de instancia y no modificados en suplicación, me quedo con dos que demuestran palmariamente que en algunas ocasiones no se realizan los tramites legalmente obligatorios precisamente bien en la Administración: “a) En la sentencia de instancia se afirma que " NO obra en autos el texto del contrato que se suscribió por la trabajadora ni la solicitud que la demandada formuló a la Oficina de Empleo "; b) En el documento inicial de la Oficina de Empleo (07-02-2006), adscribiendo trabajadores a la Administración Pública demandada se afirma que " se ha comprobado que el Servicio Público solicitante aporta la documentación exigida por la mencionada normativa, referente a: descripción de la obra o servicio y su exacta localización, utilidad social y duración de la obra o servicio " (folio 31). Tales documentos ni se trascriben ni constan en autos a los efectos de su posible control judicial…

C) La necesaria contradicción entre la sentencia aportada de contraste y la recurrida cumple los requisitos requeridos por el art. 219.1 de la LRJS (“El recurso tendrá por objeto la unificación de doctrina con ocasión de sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, que fueran contradictorias entre sí, con la de otra u otras Salas de los referidos Tribunales Superiores o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos”), ya que la sentencia del TS desestimó la pretensión mientras que la sentencia del TSJ autonómico sí aceptó una sustancialmente semejante.

Es a partir del cumplimiento de este requisito cuando la Sala pasa a examinar la cuestión planteada, pero no sin antes dedicar un fundamento de derecho, el segundo, a repasar pedagógicamente cuál es la normativa aplicable al litigio enjuiciado, es decir los preceptos citados en el RCUD ya mencionados con

anterioridad, para inmediatamente a continuación, ya en el fundamento de derecho tercero, efectuar una manifestación aparentemente no necesaria, en cuanto que repetitiva del marco jurídico, pero cuya razón de ser se comprobará más adelante en cuanto a su relevancia: para la Sala, la Administración debe cumplir la legalidad para poder formalizar trabajos temporales de colaboración social y ello requiere que los mismos "sean de utilidad social y redunden en beneficio de la comunidad" y que "tengan carácter temporal", alertando de una diferencia en la que pocas veces se ha reparado y que tendrá indudable importancia en su resolución y cambio de criterio: la normativa sustantiva de 1982, modificada en 1986, vincula temporalmente la prestación al tiempo que le falta al trabajador "para percibir .. la prestación o subsidio por desempleo que se le hubiere reconocido", mientras que la LGSS, si bien vincula la prestación con la condición de perceptor de prestaciones sólo indica que la misma deberá tener "carácter temporal".

Son justamente esos dos requisitos los que van a centrar la atención de la Sala, y el segundo va a ser el que generará un nuevo criterio jurisprudencial, cambio que quizás hubiera merecido de una mayor explicación (ojo, no digo que no haya explicación, ni mucho menos) para situarlo en el contexto social en el que opera, y que es justamente, tal como se pone de manifiesto en documentos sindicales, el importante incremento de prestaciones de este tenor en el ámbito de las Administraciones Públicas en períodos de importantes ajustes y recortes que han significado reducción de plantillas, preferentemente de personal laboral.

D) Sobre el primer requisito, es decir la necesidad de que los trabajos sean "de utilidad social y redunden en beneficio de la colectividad", con alguna matización, como expresamente reconoce el fundamento de derecho cuarto, se mantiene la doctrina sentada ya desde hace mucho tiempo por el TS, esto es que las actividades (en este casos las obras, trabajos o servicios contratados) que lleva a cabo toda Administración Pública tiene la presunción de ser de "utilidad social", relacionando la necesidad de que tales trabajo tengan utilidad social con la mención que realiza la sentencia al art. 103.1 de la Constitución a que la Administración "sirve con objetividad los intereses generales".

Las matizaciones a esta doctrina son de un triple tenor:

a) En primer lugar, que la presunción de utilidad social y de actividad que redunda en interés de la comunidad es "iuris tantum", dejando la puerta abierta a que en casos que la Sala califica de "excepcionales" (como por ejemplo una flagrante desviación de poder, que en los tiempos que corren en España no es de desdeñar en absoluto que puedan producirse y que tanto no serían tan excepcionales) pueda aportarse la prueba de contrario por parte de quien lo alegue.

b) En segundo término, la referencia a la acepción estricta de Administración Pública en los términos del art. 2.1 de la Ley del estatutobásico del empleado público, esto es "La Administración General del Estado. Las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla. Las Administraciones de las Entidades Locales. Los Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas. Las Universidades Públicas".

c) Por fin, recuérdese que el art. 213.3 de la LGSS amplió la posibilidad de llevar a cabo esos trabajos de colaboración social para entidades sin ánimo de lucro, previsión no contemplada en la norma de 1982, pero en este caso, y ya se trate de entidades públicas como privadas, no operará la presunción de utilidad social sólo reconocida a la Administración, de tal manera que deberán acreditar que la actividad que van a desarrollar los desempleados tiene dicha utilidad social "y/o redundan en beneficio de la comunidad". Para la Sala, cabe por consiguiente un control por parte del Servicio Público de Empleo correspondiente del cumplimiento de tales requisitos en cuanto que es quien facilita a los trabajadores desempleados que van a llevar a cabo la prestación, y también "el pertinente control judicial, en su caso".

En definitiva, con la interpretación estricta de AA PP, y a salvo repito de que se trata de una entidad sin ánimo de lucro, la Sala entiende que quedan fuera de la posibilidad de utilizar a trabajadores desempleados para la prestación de un servicio que, reitero, no conlleva relación laboral "cualesquiera de las diversas sociedades mercantiles públicas, entidades públicas empresariales y el resto de organismos públicos y entes del sector público estatal, autonómico y local que, conforme a la

normativa vigente, forman parte del sector público pero no son Administración Pública en sentido estricto".

E) ¿Dónde radica aquello que el resumen de la sentencia califica de "cambio de doctrina jurisprudencial" y que en el fundamento de derecho quinto se califica de "rectificación" de la doctrina anterior? Pues precisamente en qué debe entenderse, o mejor dicho cómo debe conformarse la temporalidad de la prestación. Recuérdese que el art. 213.3 de la LGSS requiere que tenga carácter temporal sin mayor concreción, mientras que la normativa específica vinculaba la duración máxima de la actividad a desarrollar con el periodo que le restara al trabajador "por percibir en la prestación o subsidio por desempleo que se le hubiere reconocido", y de ahí que la doctrina anterior de la Sala, justamente recogida en la sentencia de contraste aportada por el gobierno autonómico en el RCUD, sostuviera, entre otros argumentos, que "la colaboración no puede en caso alguno convertirse en indefinida porque la prestación por desempleo siempre tiene naturaleza temporal" y que otra sentencia como la de 23 de julio de 2013, de la que fue ponente la magistrada Rosa Virolés y en la que la parte recurrente era también el gobierno canario, afirmara que la temporalidad a la que se refieren los trabajos de colaboración social "no guardan relación con la temporalidad por obra o servicio determinado, a que se refiere el artículo 15.1 a) del Estatuto de los Trabajadores (ET) y 2 del Real Decreto 2546/94, sino que el trabajo del desempleado implica, desde el inicio, una obra o un servicio durante un tiempo limitado. Es decir, que aún cuando se trate de una función que pueda considerarse normal en la Administración, la adscripción debe tener un carácter "ex lege" temporal, de modo que la adscripción nunca puede tener una duración mayor a la que falte al trabajador por percibir en la prestación o subsidio por desempleo que se le hubiere reconocido".

Es aquí donde se produce el cambio de doctrina, al entender la Sala que no es la duración del período de prestación el elemento que ha de determinar la duración de la actividad, "sino que debe predicarse del trabajo objeto del contrato", terminología por cierto que utiliza la Sala y que da a entender, como después se reconocerá de forma expresa, que ese trabajo puede ser objeto de una relación contractual al amparo de la normativa laboral, es decir al amparo de lo dispuesto en el art. 1 de la Ley del Estatuto de los trabajadores, con todas las consecuencias inherentes a su consideración como tal (respeto a las causas de contratación temporal y existencia de un despido improcedente si el contrato no se formaliza conforme a lo dispuesto en el art. 15).

En puridad, creo que la Sala más que cambiar propiamente de doctrina lo que hace es reinterpretar qué quiere decir el art. 38 del RD 1445/1982, poniendo el acento en la primera parte del precepto ("trabajos de colaboración temporal"), que hasta ahora se había vinculado de forma mecánica y sin excepción con la referencia a la duración máxima pendiente de la prestación pública, y relacionándolo con la nota estricta de temporalidad, sin mayores aditivos, que utiliza una norma de rango superior como es la LGSS, argumentando en definitiva la Sala que "la exigencia de temporalidad va referida al trabajo que se va a desempeñar y actúa con independencia de que se haya establecido una duración máxima del contrato en función de la propia limitación de la prestación de desempleo. Y ello es así aunque el Reglamento dijera otra cosa, pues, obviamente, no puede contradecir a la Ley".

Y cuando digo que la Sala reinterpreta la norma es porque la misma sentencia manifiesta de forma expresa que no hay contradicción entre la norma legal y la reglamentaria, aun cuando sea necesaria obviamente esa reinterpretación la que va a llevar necesariamente al cambio de criterio doctrinal, porque sí va de la mano con un cambio sustantivo de la doctrina anterior de la Sala, cual era la de entender la existencia de temporalidad por el hecho mismo de que el trabajo se llevaba a cabo por una persona perceptora de prestaciones por desempleo con una duración máxima que fijaba per se la duración máxima, es decir, temporal, de la prestación.

Aquí sí que la Sala cambia radicalmente de criterio, porque no acepta la vinculación mecánica entre temporalidad del trabajo de colaboración social y temporalidad de la prestación por desempleo, acudiendo ahora al texto reglamentario para manifestar que carecería de sentido aceptar la temporalidad por el dato de la duración limitada de la prestación cuando el RD 1445/1982 requiere acreditar a la Administración pública "contratante" (otra vez el vocablo que vincula la actividad a una posible relación laboral), y añado yo ahora que entiendo que también deberá acreditarlo toda entidad

sin ánimo de lucro, “a) La obra, trabajo o servicio que se vaya a realizar y su exacta localización”, y “c) La duración prevista tanto del total de la obra, trabajo o servicio, como de la actuación de los trabajadores por especialidades y categorías”.

Con buen criterio, que dicho sea de paso sorprende que hasta ahora no haya sido tenido en consideración, la Sala considera que serían totalmente superfluos los requisitos solicitados si la temporalidad derivara simplemente de la realización de la actividad por un perceptor de prestación o subsidio por desempleo, “que obviamente no dura indefinidamente”. Dicho con mayor precisión, la Sala desmonta la tesis anteriormente mantenida, aunque se utilizaran otras palabras, de que la aceptación del argumento al que he hecho referencia encerraba “una clara petición de principio consistente en afirmar: el contrato es temporal porque legalmente tiene que serlo y, por lo tanto, su objeto cumple "necesariamente" la exigencia de temporalidad que la propia ley prescribe”.

Una vez cambiadas “las reglas del juego”, y vinculando la duración de la prestación al trabajo objeto del “contrato” y no a la de la percepción de la prestación o subsidio, hay que pasar a examinar consecuentemente la duración del trabajo que llevó a cabo el trabajador desempleado y las características de la prestación. Pues bien, la actividad duró más de cinco años, y el trabajo consistió en actividades normales y permanentes de la Administración, en idénticas condiciones que el trabajo desarrollado por quienes lo realizaban al amparo de normativa laboral (de duración indefinida o temporal) y estatutaria, siendo así que de los hechos probados de instancia, tal como recogió la sentencia del JS y no modificó la del TSJ, no se justificó ningún argumento que validara la temporalidad, a pesar de la prestación durante más de cinco años, muy probablemente añado yo ahora porque la Administración estaba convencida de la legalidad de su actuación teniendo en cuenta la reiterada doctrina de anteriores sentencias de la Sala sobre dichos trabajos temporales de colaboración social. Si la temporalidad no se ha justificado, no se cumple el requisito requerido por el art. 39 c) del RD 1445/1982 y tampoco el previsto en el art. 213.3 de la LGSS, y en definitiva, “al no existir tampoco causa válida de temporalidad, la denuncia extintiva formulada por la empresa constituye un despido improcedente, tal como se ha declarado en el fallo de instancia que confirma la sentencia recurrida”.

3. Se trata, no hay duda, de una sentencia trascendente, en cuanto que a partir de ahora todas las Administraciones Públicas deberán ser muy prudentes, y muy estrictas, para justificar qué tipo de trabajo se va a realizar y muy especialmente su duración. No se prohíbe ni mucho menos por la Sala, ni podría hacerlo porque no es su función, que la duración pueda guardar relación con el período que le reste a un desempleado para percibir la prestación o subsidio, pero dicha duración no importará a efectos jurídicos, ya que aquello que deberá justificarse es la duración del trabajo a realizar. Si, causalmente o no, duración del trabajo y duración de la prestación coincide, “miel sobre

hojuelas” que diría un castizo, pero mi consejo a cualquier Administración sería que a partir de la nueva doctrina centre su atención, y lo haga bien, sobre la duración del trabajo a realizar y su justificación.

## ANEXO. Relación de artículos publicados en el blog desde el 13 de febrero de 2012 al 11 de septiembre de 2016, inclusive, que analizan sentencias del TJUE, TC, TS, AN y TSJ que abordan directa o indirectamente litigios relacionados con el marco normativo resultado de la reforma laboral iniciada por el RDL 3/2012 de 10 de febrero y continuada por la Ley 3/2012 de 6 de julio.

***Año 2012.***

Dos nuevas sentencias de Tribunales Superiores de Justicia que declaran la nulidad de expedientes de regulación de empleo.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2012/07/dos-nuevas-sentencias-de-tribunales.html

Anotaciones sobre la primera doctrina de los tribunales laborales en materia de expedientes de regulación de empleo tras la reforma del mercado laboral.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2012/08/anotaciones-sobre-la-primera-doctrina.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2012/08/anotaciones-sobre-la-primera-doctrina_24.html

La doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional en materia de Expedientes de Regulación de Empleo desde la entrada en vigor de la reforma laboral del gobierno popular.

http://www.slideshare.net/erojotorrecilla/la-doctrina-de-los-tribunales-superiores-de-justicia-y-de-la-audiencia-nacional-en-materia-de-expedientes-de-regulacin-de-empleo-desde-la-entrada-en-vigor-de-la-reforma-laboral-del-gobierno-popular

Análisis de los contenidos laborales del Real Decreto-Ley 20/2012. ¿Hacia dónde va el Estado del Bienestar en España? ¿Hacia dónde le lleva el gobierno?

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2012/07/analisis-de-los-contenidos-laborales.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2012/07/analisis-de-los-contenidos-laborales_15.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2012/07/analisis-de-los-contenidos-laborales_6214.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2012/07/analisis-de-los-contenidos-laborales_6127.html

La corrección de errores del Real Decreto-Ley 20/2012. ¿Es una mera corrección o un nuevo RDL en alguno de sus apartados?

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2012/07/la-correccion-de-errores-del-real.html

Una nota, a medio camino entre el contenido jurídico y la reflexión social, sobre la Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 10 de septiembre y la "primacía del convenio de empresa".

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2012/09/una-nota-medio-camino-entre-el.html

El impacto de la normativa UE y jurisprudencia del TJUE en la doctrina laboral del TS. Una nota a la importante sentencia de 8 de julio de 2012 en materia de Expediente de Regulación de Empleo.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2012/10/el-impacto-de-la-normativa-ue-y.html

Sobre las causas alegadas en un Expediente de Regulación de Empleo y su control administrativo y judicial formal y/o de fondo. El parecer del Consejo de Estado, de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y nuevamente de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2012/12/sobre-las-causas-alegadas-en-un.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2012/12/sobre-las-causas-alegadas-en-un_2.html

***Año 2013.***

La demanda de oficio, la documentación requerida en despidos en la Administración local y el valor de los pactos de empresas como condicionantes de la decisión empresarial. Unas notas a tres nuevas sentencias sobre expedientes de regulación de empleo

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2013/01/la-demanda-de-oficio-la-documentacion.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2013/01/la-demanda-de-oficio-la-documentacion_22.html

La inaplicación del convenio colectivo en la reforma laboral. Notas al caso UNIPOST (sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de de 28 de enero)

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2013/02/la-inaplicacion-del-convenio-colectivo.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2013/02/la-inaplicacion-del-convenio-colectivo_4.html

Sobre el expediente de regulación de empleo en INCASÒL y su aceptación. De la sentencia del Juzgado de lo Social de 13 de diciembre de 2011 a la del Tribunal Superior de Justicia de 19 de diciembre de 2012

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2013/02/sobre-el-expediente-de-regulacion-de.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2013/02/sobre-el-expediente-de-regulacion-de_13.html

La protección del derecho fundamental de huelga reforzada por el Tribunal Supremo. La prohibición del esquirolaje tecnológico. Notas a la sentencia de 5 de diciembre de 2012.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2013/03/la-proteccion-del-derecho-fundamental.html

No sólo de ERES de extinción de contratos vive (y trabaja) la Audiencia Nacional. Notas a algunas sentencias de suspensión de contratos y modificación de condiciones de trabajo (sin olvidar los ERES extintivos)

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2013/03/no-solo-de-eres-de-extincion-de.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2013/03/no-solo-de-eres-de-extincion-de_20.html

De Andalucía y Canarias (Estepona y La Oliva), a Canarias y Andalucía (Galdar y Jerez de la Frontera). Los ERES en las Administraciones locales tras la reforma laboral del gobierno popular. Análisis de las cuatro sentencias dictadas por los dos Tribunales Superiores de Justicia.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2013/03/de-andalucia-y-canarias-estepona-y-la.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2013/03/de-andalucia-y-canarias-estepona-y-la_24.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2013/03/de-andalucia-y-canarias-estepona-y-la_9235.html

Reforma laboral y ERES. El caso Unipost (segunda parte). Ahora sí, la Audiencia Nacional valida un expediente en sentencia de 19 de marzo.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2013/04/reforma-laboral-y-eres-el-caso-unipost.html

Comentario de la compleja sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el Expediente de Regulación de Empleo de TeleMadrid

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2013/04/comentario-de-la-compleja-sentencia-del.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2013/04/comentario-de-la-compleja-sentencia-del_11.html

ERE que ERE. Nuevas sentencias dictadas por los TSJ y la AN en materia de expedientes de regulación de empleo. Una nota a la sentencia de 12 de marzo en el ERE de la Agencia Valenciana de Movilidad.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2013/04/ere-que-ere-nuevas-sentencias-dictadas.html

Comentario de la primera sentencia dictada por el Tribunal Supremo en materia de expediente de regulación de empleo tras la reforma laboral de 2012.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2013/04/comentario-de-la-primera-sentencia.html

Siguen los Expedientes de Regulación de Empleo en el sector público (y destaco la importancia de las demandas con fundamento). Ahora, Paradores de Turismo de España. Nota a la sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de abril.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2013/05/siguen-los-expedientes-de-regulacion-de.html

Siguen los ERES, y en el sector público están adquiriendo especial importancia. Notas a la sentencia dictada el 2 de mayo por el TSJ de Galicia en el conflicto de la Diputación de Ourense (I).

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2013/05/siguen-los-eres-y-en-el-sector-publico.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2013/05/siguen-los-eres-y-en-el-sector-publico_9.html

La conflictividad laboral en la empresa pública GEACAM de Castilla-La Mancha. Segundo ERE, segunda impugnación, segunda declaración de nulidad de los despidos. Notas a la sentencia del TSJ de 4 de abril.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2013/05/la-conflictividad-laboral-en-la-empresa.html

Expediente de Regulación de Empleo y vulneración del derecho de libertad sindical. Sobre la sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de junio ("Conflicto Roca Sanitarios").

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2013/06/expediente-de-regulacion-de-empleo-y.html

Primero, hay que disolver el Consorcio, y después, si procede, presentar un expediente de regulación de empleo (y no al revés). Nota a la sentencia (estimatoria) del TSJ de Asturias de 19 de abril.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2013/06/primero-hay-que-disolver-el-consorcio-y.html

Los recortes presupuestarios en las políticas activas de empleo y los recortes de personal laboral como consecuencia de ERES derivados de los primeros. Notas a la sentencia de 28 de mayo del TSJ de Castilla y León.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2013/07/los-recortes-presupuestarios-en-las.html

Comentario de la segunda sentencia del Tribunal Supremo, dictada el 27 de mayo, sobre Expedientes de Regulación de Empleo tras la reforma laboral (dictada en Sala General) (I)

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2013/07/comentario-de-la-segunda-sentencia-del.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2013/07/boe-2011-10286-ministerio-de-trabajo-e.html

Notas a la sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de julio. La ultraactividad limitada de los convenios colectivos y la autonomía de los negociadores.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2013/07/notas-la-sentencia-de-la-audiencia.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2013/07/notas-la-sentencia-de-la-audiencia_26.html

ERE. La externalización de actividades productivas como vía de reducción de costes económicos, y su (prudente y matizada) aceptación por la Audiencia Nacional. Nota a la sentencia de 15 de julio.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2013/07/ere-la-externalizacion-de-actividades.html

Totana, un Ayuntamiento más afectado por un Expediente de Regulación de Empleo. Nota a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 10 de junio.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2013/08/totana-un-ayuntamiento-mas-afectado-por.html

ERE. La música (y los músicos) también se ve afectada por las restricciones presupuestarias (y la disminución de alumnos). Nota a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 19 de junio.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2013/08/ere-la-musica-y-los-musicos-tambien-se.html

FAFFE, Consorcios UTEDLT, ALPES, ASAE, ERES. Detrás de las siglas, el debate sobre el mantenimiento del empleo y las condiciones de acceso y promoción en el sector público. Una nota a la sentencia del Tribunal Supremo (C-A) de 2 de octubre.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2013/10/faffe-consorcios-utedlt-alpes-asae-eres.html

Las extinciones de los contratos laborales de trabajadores indefinidos no fijos en las Administraciones Públicas han de tramitarse vía ERE. Una nota a tres sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2013/10/las-extinciones-de-los-contratos.html

Notas a una sentencia más conocida por sus consecuencias que por su contenido. Sentencia de del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 4 de noviembre sobre el ERE de Radio Televisión Valenciana

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2013/11/notas-una-sentencia-mas-conocida-por.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2013/11/notas-una-sentencia-mas-conocida-por_9.html

Los ERES de la radiotelevisión canaria y murciana también han llegado a los tribunales. Sobre la implantación sindical y la estabilidad presupuestaria. Notas a las sentencias de los TSJ de Canarias y Murcia de 10 de septiembre y 14 de octubre.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2013/11/los-eres-de-la-radiotelevision-canaria.html

El despido por absentismo tras la reforma laboral de 2012. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2013.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2013/11/el-despido-por-absentismo-tras-la.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2013/11/el-despido-por-absentismo-tras-la_16.html

Discusión sobre la existencia de uno o dos expedientes de regulación de empleo y sus consecuencias jurídicas. Estudio de la polémica sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2013 (¿o son dos sentencias en una?) (I).

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2013/11/discusion-sobre-la-existencia-de-uno-o.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2013/11/discusion-sobre-la-existencia-de-uno-o_18.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2013/11/discusion-sobre-la-existencia-de-uno-o_7148.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2013/11/discusion-sobre-la-existencia-de-uno-o_2545.html

ERE. Nueva sentencia del Tribunal Supremo. Desestima el recurso presentado por la empresa Gestión Ambiental de Castilla-La Mancha (GEACAM). Notas a la sentencia de 25 de noviembre.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2013/12/ere-nueva-sentencia-del-tribunal.html

ERE. Extinciones contractuales que deben computarse para determinar si se alcanza o no el umbral del artículo 51 de la LET. Notas a la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2013/12/ere-extinciones-contractuales-que-deben.html

***Año 2014.***

Sobre titulares periodísticos y contenidos reales de las sentencias. Un apunte a la sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de diciembre de 2013.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2014/01/sobre-titulares-periodisticos-y.html

Una visión crítica de las reformas laborales realizadas a velocidad de Formula 1 y sin freno. Una breve nota sobre el editorial de la revista "Relaciones Laborales" relativo al RDL 16/2013.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2014/01/una-vision-critica-de-las-reformas.html

Sobre los límites a las decisiones unilaterales empresariales y la obligación de respetar la normativa vigente (arts. 41 y 82 de la LET). Notas a las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2013 y 16 de enero de 2014.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2014/02/sobre-los-limites-las-decisiones.html

El Tribunal Supremo sigue marcando límites al poder de fijación unilateral de las condiciones laborales por el empleador (y acude al TFUE para apoyar sus tesis). Nota a la importante sentencia de 27 de enero de 2014 ("Caso Cortefiel").

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2014/03/el-tribunal-supremo-sigue-marcando.html

Importante cambio de criterio del Tribunal Supremo sobre los trabajos temporales de colaboración social (y la utilidad de las redes sociales para acceder a las resoluciones judiciales). Notas a la sentencia de Sala General de 27 de diciembre de 2013.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2014/03/importante-cambio-de-criterio-del.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2014/03/importante-cambio-de-criterio-del_8.html

Facturar "en B" podría permitir un despido colectivo…siempre y cuando aflore la contabilidad real en el período de consultas (y se asuman las demás responsabilidades jurídicas). Nota a la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2014.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2014/03/facturar-en-b-podria-permitir-un.html

¿Recuperan los agentes locales de promoción de empleo andaluces la sonrisa? Sobre la declaración de nulidad de los despidos producidos en el Consorcio de unidades territoriales de empleo, desarrollo local y tecnológico de Sierra Morena. Notas a la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2014.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2014/03/recuperan-los-agentes-locales-de.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2014/03/recuperan-los-agentes-locales-de_22.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2014/03/recuperan-los-agentes-locales-de_6672.html

Ultraactividad. Sentencia que aplica el período máximo de vigencia (un año) de la reforma de 2012 a un convenio denunciado antes del 8 de julio de 2012 y con cláusula de mantenimiento del contenido normativo. Nota crítica a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 23 de enero de 2014 sobre el convenio colectivo del Ayuntamiento de Bailen.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2014/03/ultraactividad-sentencia-que-aplica-el.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2014/03/ultraactividad-sentencia-que-aplica-el_27.html

El difícil, pero no imposible, intento de analizar una sentencia extraordinariamente compleja. Notas a la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 28 de marzo.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2014/04/el-dificil-pero-no-imposible-intento-de.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2014/04/el-dificil-pero-no-imposible-intento-de_13.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2014/04/el-dificil-pero-no-imposible-intento-de_289.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2014/04/el-dificil-pero-no-imposible-intento-de_3389.html

¿Quién paga manda? Notas a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 31 de marzo (Despido colectivo en la base aérea de Morón del Frontera).

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2014/04/quien-paga-manda-notas-la-sentencia-de.html

Despidos colectivos. Nuevas sentencias y autos del Tribunal Supremo en asuntos de relevancia jurídica. Comentario a la sentencia de 18 de marzo de 2014, que confirma la primera sentencia dictada tras la reforma laboral del RDL 3/2012.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2014/05/despidos-colectivos-nuevas-sentencias-y.html

Panrico: un largo conflicto laboral que no ha acabado, y una sentencia (y su aclaración) con sombras jurídicas. Notas a la sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de mayo (I).

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2014/06/panrico-un-largo-conflicto-laboral-que.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2014/06/panrico-un-largo-conflicto-laboral-que_3.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2014/06/panrico-un-largo-conflicto-laboral-que_3.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2014/06/panrico-un-largo-conflicto-laboral-que_5091.html

Sobre las causas de los despidos del complejo y polémico litigio jurídico y social de TeleMadrid. Examen de la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2014

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2014/06/sobre-las-causas-de-los-despidos-del.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2014/06/sobre-las-causas-de-los-despidos-del_11.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2014/06/sobre-las-causas-de-los-despidos-del_5703.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2014/06/sobre-las-causas-de-los-despidos-del_8469.html

El Tribunal Supremo se pronuncia sobre los despidos colectivos en las Administraciones Locales y deja abiertos varios interrogantes. Notas a la sentencia de 18 de febrero de 2014 (Ayuntamiento canario de La Oliva)

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2014/06/el-tribunal-supremo-se-pronuncia-sobre.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2014/06/el-tribunal-supremo-se-pronuncia-sobre_16.html

ERE. El llamado "Caso Coca-Cola". La chispa…. de la justicia. Notas a la sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de junio

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2014/06/ere-el-llamado-caso-coca-cola-la-chispa.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2014/06/ere-el-llamado-caso-coca-cola-la-chispa_30.html

Nuevamente sobre la insuficiencia presupuestaria (tanto sobrevenida como persistente) como causa económica válida para proceder a un despido colectivo en la Administración Local. Nota a la sentencia del TS de 16 de abril (caso "Ayuntamiento de Galdar").

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2014/07/nuevamente-sobre-la-insuficiencia.html

Sobre el respeto a los pactos de suspensión contractual. Nulidad de los despidos colectivos (y algo más, nuevamente, sobre los grupos de empresa a efectos laborales y los votos particulares "con perspectiva de futuro"). Notas a la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2014/07/sobre-el-respeto-los-pactos-de.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2014/07/sobre-el-respeto-los-pactos-de_17.html

Contrato de interinidad por vacante y amortización del puesto de trabajo en la Administración Pública. Hay que acudir al procedimiento de despido colectivo. El Tribunal Supremo rectifica en menos de un año su doctrina anterior. Notas a la sentencia de 18 de junio.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2014/07/contrato-de-interinidad-por-vacante-y.html

A vueltas con la ultraactividad de los convenios colectivos y la contractualización de las condiciones de trabajo. Especial atención a la sentencia dictada el 13 de junio por el Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2014/07/a-vueltas-con-la-ultraactividad-de-los.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2014/07/a-vueltas-con-la-ultraactividad-de-los_25.html

Despidos colectivos. El caso "Celsa Atlantic SL": segunda sentencia del TS. Desestimación del recurso de casación interpuesto por la empresa. Notas al auto de 26 de marzo y a la sentencia de 18 de julio.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2014/08/despidos-colectivos-el-caso-celsa.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2014/08/despidos-colectivos-el-caso-celsa_6.html

Despidos colectivos en el Ayuntamiento de Jerez de la Frontera. Diferente criterio jurídico del TSJ y TS (con voto particular) sobre la validez de los criterios de selección de los afectados. Nota a la sentencia del TS de 25 de junio (y sus efectos colaterales).

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2014/08/despidos-colectivos-en-el-ayuntamiento.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2014/08/despidos-colectivos-en-el-ayuntamiento_12.html

O se estima o no se estima un ERE, pero el tribunal no puede decidir el número de trabajadores despedidos según su criterio. Notas a la sentencia del TS de 15 de abril de 2014, que estima el recurso de la empresa contra la del TSJ de Canarias de 26 de febrero de 2013 (Caso Gesplan).

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2014/09/o-se-estima-o-no-se-estima-un-ere-pero.html

Despidos colectivos en la Administración. Sobre qué debe entenderse por insuficiencia presupuestaria sobrevenida, la documentación debida y el fraude de ley. Notas a la sentencia del TS de 23 de mayo (caso Diputación de Ourense)

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2014/09/despidos-colectivos-en-la.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2014/09/despidos-colectivos-en-la_28.html

Despidos colectivos. El caso de la Agencia Valenciana de Movilidad llega al Tribunal Supremo, que confirma la sentencia del TSJ. Nota a la sentencia de 21 de mayo.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2014/10/despidos-colectivos-el-caso-de-la.html

Sobre los límites a la transformación de un contrato a tiempo parcial en otro a tiempo completo sin el acuerdo de la parte trabajadora. Notas a partir de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de octubre (Asunto C-221/13).

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2014/10/sobre-los-limites-la-transformacion-de_18.html

¿Juristas o economistas, o las dos cosas a la vez? Sobre los despidos colectivos en el Ayuntamiento de La Oliva y los viajes de ida y vuelta entre el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias y el Tribunal Supremo (una nota a la tercera sentencia de la saga, dictada por el TSJ el 28 de agosto).

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2014/10/juristas-o-economistas-o-las-dos-cosas.html

Despidos colectivos. Importante sentencia del TS. Sobre los criterios de selección de las personas afectadas, la "devaluación judicial" de la exposición de motivos de la Ley 3/2012, y el respeto a los acuerdos en expedientes anteriores. Notas a la sentencia de 17 de julio de 2014.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2014/10/despidos-colectivos-importante.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2014/10/despidos-colectivos-importante.html

El derecho de autoorganización del sindicato y su impacto sobre las relaciones de trabajo. A propósito del crédito horario: una nota a la sentencia del TS de 18 de julio de 2014.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2014/10/el-derecho-de-autoorganizacion-del.html

Los acuerdos individuales "en masa" como vía (ilegal) de modificación sustancial de condiciones de trabajo. Notas a la sentencia del TS de 29 de julio.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2014/11/los-acuerdos-individuales-en-masa-como.html

¿Es causa válida para un despido colectivo la deslocalización de la actividad productiva? No, según la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 15 de octubre (y algunas referencias adicionales sobre tesis, pareceres y puntos de vista sobre los despidos colectivos).

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2014/11/es-causa-valida-para-un-despido.html

UE. La protección frente al uso abusivo de la contratación de duración determinada en el ámbito educativo. Nota a la sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de noviembre.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2014/12/ue-la-proteccion-frente-al-uso-abusivo.html

***Año 2015.***

Despidos colectivos. Sobre los problemas económicos de una fundación y la actuación de sus patronos. Una nota a la sentencia del TS de 23 de septiembre, que confirma la del TSJ de la Comunidad Valenciana de 11 de noviembre de 2013.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/01/despidos-colectivos-sobre-los-problemas_3.html

No hay vulneración de la intimidad personal si se actúa como representante de la empresa en el ámbito de las relaciones de trabajo Una nota a la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2014 (grabación de una conversación por una trabajadora con problemas laborales con la empresa).

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/01/no-hay-vulneracion-de-la-intimidad.html

Despidos colectivos. El Ayuntamiento de Estepona vuelve a los tribunales. Notas a la sentencia, de importante contenido procesal, del TS de 2 de diciembre de 2014 que declara la nulidad formal de la Sentencia del TSJ de Andalucía de 25 de octubre de 2.012.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/01/despidos-colectivos-el-ayuntamiento-de.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/01/despidos-colectivos-el-ayuntamiento-de_23.html

Ultraactividad. Notas a la primera sentencia (22 de diciembre de 2014) del Tribunal Supremo. Sobre la vigencia del convenio denunciado. Mantenimiento de las condiciones recogidas en contrato.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/01/ultraactividad-notas-la-primera.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/01/ultraactividad-notas-la-primera_27.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/01/ultraactividad-notas-la-primera_39.html

Mejor leer la sentencia íntegra que el resumen periodístico. Sobre el periodo de prueba de un año en la reforma laboral de 2012 y la sentencia del TJUE de 5 de febrero.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/02/mejor-leer-la-sentencia-integra-que-el.html

Los despidos colectivos y las suspensiones contractuales llegan a las organizaciones sindicales Notas al caso UGT-Andalucía (sentencias del TS de 25 de noviembre y 11 de diciembre de 2014)

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/02/los-despidos-colectivos-y-las.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/02/los-despidos-colectivos-y-las_9.html

Despidos colectivos y suspensiones de contratos. Nuevamente sobre ERES en las Administraciones Locales, y también sobre la saga UNIPOST. Notas a las sentencias del TS de 2 de diciembre y 26 de noviembre de 2014.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/02/despidos-colectivos-y-suspensiones-de.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/02/los-despidos-colectivos-y-las_9.html

Sobre la aplicación de la Directiva UE de 1999 relativa a la contratación de duración determinada a los trabajadores con contratos indefinidos no fijos en las Administraciones Públicas españolas. Una nota al auto del TJUE de 11 de diciembre de 2014.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/03/sobre-la-aplicacion-de-la-directiva-ue.html

Despidos colectivos. Relación entre la extinción de la personalidad jurídica y la aplicación del procedimiento de despido colectivo (¿puede ser una sentencia un artículo doctrinal?). Notas a la sentencia del TS del 3 de diciembre (Caso "Fundación Servicio Valenciano para el empleo").

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/03/despidos-colectivos-relacion-entre-la.html

Despidos en la Administración local. Nuevamente sobre legitimación para negociar y presunta vulneración de derechos fundamentales e insuficiencia presupuestaria sobrevenida. Notas a la sentencia del TS de 26 de febrero (caso Ayuntamiento de Aljaraque).

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/03/despidos-en-la-administracion-local.html

La Audiencia Nacional y los límites a la obligación de ejercer el derecho a reducción de jornada por guarda legal y motivos familiares durante "la jornada diaria de trabajo". Notas a la importante sentencia de 23 de marzo.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/04/la-audiencia-nacional-y-los-limites-la.html

Abono de cantidades adeudadas por la empresa y silencio administrativo (positivo) del FOGASA. Una breve nota a la importante sentencia del TS de 16 de marzo.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/04/abono-de-cantidades-adeudadas-por-la.html

Despidos colectivos. Concepto de centro de trabajo y método de cálculo del número de trabajadores despedidos. Notas a la sentencia del TJUE de 30 de abril ¿Efectos sobre la jurisprudencia española?

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/05/despidos-colectivos-concepto-de-centro.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/05/despidos-colectivos-concepto-de-centro_2.html

Sobre la ultraactividad de los convenios colectivos denunciados antes de la entrada en vigor de la reforma laboral de 2012. Notas a propósito de la sentencia del TS de 17 de marzo, que confirma la dictada por la AN el 23 de julio de 2013

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/05/sobre-la-ultraactividad-de-los.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/05/sobre-la-ultraactividad-de-los_10.html

Despidos colectivos. Decisiones políticas y decisiones jurídicas. Las primeras impactan sobre las segundas, y los tribunales resuelven sólo sobre las últimas. Notas a la sentencia del TS de 25 de marzo (Caso base aérea de Morón de la Frontera).

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/05/despidos-colectivos-decisiones.html

Los despidos colectivos tras la reforma laboral (2012-2015).

http://www.slideshare.net/erojotorrecilla/los-despidos-colectivos-tras-la-reforma-laboral-20122015

Despidos colectivos. Dos nuevas sentencias del TJUE sobre el concepto de centro de trabajo y el método de cálculo del número de trabajadores despedidos. Notas a la sentencias de 13 de mayo, con especial atención al asunto C-392/13 y su posible impacto sobre la legislación y jurisprudencia española

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/05/despidos-colectivos-dos-nuevas.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/05/despidos-colectivos-dos-nuevas_17.html

Despidos colectivos. Coca Cola Iberian Partners ante el Tribunal Supremo. Vulneración del derecho de huelga. Obligatoriedad de consignación de salarios para recurrir un despido nulo. Notas a la sentencia de 20 de abril (y recordatorio de la importante sentencia de la AN de 12 de junio de 2014)

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/05/despidos-colectivos-coca-cola-iberian.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/05/despidos-colectivos-coca-cola-iberian_19.html

Despidos colectivos. El impacto de los ajustes en el sector público y la fusión empresarial como causa organizativa. Nota a la sentencia del TS de 28 de enero de 2015.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/05/despidos-colectivos-el-impacto-de-los.html

Los despidos colectivos llegan a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. Sobre el concepto de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente en las Administraciones Públicas y el carácter ultra vires del RD 1483/2012. Notas a la sentencia de 19 de mayo.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/05/los-despidos-colectivos-llegan-la-sala.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/05/los-despidos-colectivos-llegan-la-sala_31.html

Despidos colectivos. Sucesión de empresas. Normativas convencionales no aplicables a las Administraciones Públicas por no poder estar incluidas estas en su ámbito de aplicación. Nota a la sentencia del TS de 21 de abril.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/06/despidos-colectivos-sucesion-de.html

Sobre el contenido de la carta de un despido individual por causas objetivas derivado de un procedimiento de despido colectivo. La necesaria concreción detallada de la causa. Nota a la importante sentencia del TS de 12 de mayo.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/06/sobre-el-contenido-de-la-carta-de-un.html

¿Extinción contractual por imperativo legal y no por decisión empresarial? ¿Despidos improcedentes que no computan a efectos del umbral de los despidos colectivos? ¿Inaplicación de la Directiva de 1998 a los despidos en el sector público? Notas a la importante sentencia del TS de 21 de abril (Caso Servicio Andaluz de Empleo).

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/06/extincion-contractual-por-imperativo.html

¿Dónde empieza y donde acaba la protección de los trabajadores de edad avanzada en los procedimientos de despidos colectivos? A propósito de recientes sentencias del TC, AN y TSJ de Andalucía

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/06/donde-empieza-y-donde-acaba-la.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/06/donde-empieza-y-donde-acaba-la_18.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/06/donde-empieza-y-donde-acaba-la_70.html

Despidos colectivos. Las televisiones públicas (ahora de la Región de Murcia) otra vez en el punto de mira del Tribunal Supremo. La borrosa distinción entre la nulidad y el carácter no ajustado a derecho de una decisión empresarial. Notas a la sentencia de 24 de marzo.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/06/despidos-colectivos-las-televisiones.html

¿El crédito horario como derecho colectivo y no meramente individual? No es de este parecer el TS. Nota critica a la sentencia de 23 de marzo (con voto particular de seis magistrados y magistradas).

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/07/el-credito-horario-como-derecho.html

Despidos colectivos. Contratos públicos. Inexistencia de causas económicas, organizativas y productivas, y declaración de nulidad. Notas a la sentencia del TSJ de Madrid de 29 de junio (caso Parque de Madrid Rio).

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/07/despidos-colectivos-contratos-publicos.html

¿Fin de la saga de los despidos colectivos en el Ayuntamiento canario de La Oliva? Cuarta entrega: nota a la sentencia del TS de 21 de julio, que confirma la dictada por el TSJ de las Islas Canarias de 28 de agosto de 2014, y resumen de las tres sentencias anteriores (dos del TSJ y una del TS) (I).

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/08/fin-de-la-saga-de-los-despidos.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/08/fin-de-la-saga-de-los-despidos_7.html

Despidos colectivos. Nuevamente sobre sucesión de empresas y normativas convencionales no aplicables a las Administraciones Públicas por no poder estar incluidas estas en su ámbito de aplicación. Nota a la sentencia del TS de 19 de mayo.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/08/despidos-colectivos-nuevamente-sobre.html

Otro ayuntamiento canario ante el Tribunal Supremo. Despido colectivo ajustado a derecho por cese de actividad de servicios no obligatorios de la corporación local. Una nota a la sentencia del TS de 20 de mayo (caso Ayuntamiento Telde).

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/08/otro-ayuntamiento-canario-ante-el.html

Reforma laboral y período de prueba de un año. El TC desestima la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el TSJ del País Vasco, pero el Fiscal General del Estado se muestra casi completamente de acuerdo con el TSJ (y una nota sobre la diferencia de criterios entre TC español y el Consejo Constitucional francés).

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/08/reforma-laboral-y-periodo-de-prueba-de.html

Despidos colectivos. Importa tanto la presentación de la documentación como su adecuada explicación. Nota a la sentencia del TS de 20 de mayo de 2015 que confirma la del TSJ de Madrid de 24 de febrero de 2014.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/08/despidos-colectivos-importa-tanto-la.html

Centro de trabajo, trabajadores itinerantes y cómputo del tiempo de trabajo (que no es tiempo de descanso). Unas notas a la importante sentencia del TJUE de 10 de septiembre de 2015 (Asunto C-266/14).

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/09/centro-de-trabajo-trabajadores.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/09/centro-de-trabajo-trabajadores_12.html

Encomienda de gestión entre Administraciones. Insuficiencia presupuestaria. Mantenimiento de la actividad. Extinción de contratos para obra o servicio no ajustada a derecho. Nota a la sentencia del TS de 28 de abril.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/09/encomienda-de-gestion-entre.html

El Tribunal Supremo se pronuncia en Sala General sobre los requisitos necesarios para que pueda aplicarse una modificación sustancial de condiciones de trabajo. Notas a la importante sentencia de 16 de julio (y breve anotación de otras dos sentencias dictadas el 16.9 y 22.7)

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/09/el-tribunal-supremo-se-pronuncia-en.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/09/el-tribunal-supremo-se-pronuncia-en_30.html

Despidos colectivos. Existencia de causas económicas y preferencia de los trabajadores fijos con respecto a los trabajadores indefinidos no fijos (con voto particular discrepante en este último punto). Nota a la sentencia del TSJ del País Vasco de 15 de septiembre (caso Eusko Irratia SA).

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/10/despidos-colectivos-existencia-de.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/10/despidos-colectivos-existencia-de_3.html

Despidos colectivos. La saga "Ayuntamiento de Estepona", tercera parte, y parece que no será la última. EL TSJ andaluz desestima nuevamente las demandas. Nota a la sentencia de 30 de septiembre (y recordatorio de las sentencias anteriores del TSJ y del TS)

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/10/despidos-colectivos-la-saga.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/10/despidos-colectivos-la-saga_7.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/10/despidos-colectivos-la-saga_20.html

Datos personales. La privacidad del teléfono móvil y del correo electrónico. No obligatoriedad de facilitar al empresario estos datos. Nota a las sentencias del TS de 21 de septiembre de 2015 y de la AN de 28 de enero de 2014.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/10/datos-personales-la-privacidad-del.html

Despidos colectivos. Notas a la sentencia del TSJ de Andalucía de 7 de octubre. Tercera entrega, y no será la última, de la "saga Base aérea de Morón de la Frontera". Sigue el trabajo, pero ahora está a cargo de militares y no de trabajadores.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/10/despidos-colectivos-notas-la-sentencia.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/10/despidos-colectivos-notas-la-sentencia_25.html

Protección de derechos fundamentales laborales. Vulneración del derecho de libertad sindical. Notas a la sentencia de la AN de 16 de octubre de 2015 (caso PANRICO).

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/11/proteccion-de-derechos-fundamentales.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/11/proteccion-de-derechos-fundamentales_5.html

Prudencia en el uso de la tecnología en las relaciones de trabajo (o como un whatsapp puede significar la extinción voluntaria del contrato de trabajo). Una nota breve a la sentencia del TSJ de Madrid de 10 de junio de 2015.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/11/prudencia-en-el-uso-de-la-tecnologia-en.html

Despidos colectivos, y TJUE. Cómputo de las extinciones no inherentes a la persona del trabajador. La relación entre los arts. 40,41, 50 y 51 de la Ley del Estatuto de los trabajadores. Nota a la sentencia de 11 de noviembre (asunto C-422/14). Aplicación de la doctrina del TJUE por el TS.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/11/despidos-colectivos-y-tjue-computo-de.html

La aceptación por el TJUE de la obligación de respetar el salario mínimo fijado por una norma legal para poder participar en licitaciones de contratos públicos. Nota a la sentencia de 17 de noviembre (asunto C-115/14).

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/11/la-aceptacion-por-el-tjue-de-la.html

¿Listas negras en el mundo laboral en 2015? Pues sí, lo afirma el Tribunal Supremo. Notas a la sentencia de la Sala Civil de 12 de noviembre.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/11/listas-negras-en-el-mundo-laboral-en.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/11/listas-negras-en-el-mundo-laboral-en_22.html

Sobre la libertad de expresión, y sus límites, de un "representante unitario sindicalizado" en su actividad representativa. Notas a la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 203/2015 de 5 de octubre.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/11/sobre-la-libertad-de-expresion-y-sus.html

Transmisión de empresas. Actividad que se basa esencialmente en equipamiento. Empresa titular de un servicio público. Nota a la sentencia del TJUE de 26 de noviembre (asunto C-509/14).

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/11/transmision-de-empresas-actividad-que.html

Francia. Derecho de libertad religiosa de un empleado público y principio constitucional de laicidad. El segundo prima sobre la primera según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Notas a la importante sentencia de 26 de noviembre (asunto núm. 68486/11).

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/11/francia-derecho-de-libertad-religiosa.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/11/francia-derecho-de-libertad-religiosa_29.html

Despidos colectivos. El importante "caso TRAGSA". Notas a la sentencia del TS de 20 de octubre de 2015 que estima el recurso de la empresa contra la sentencia de la AN de 28 de marzo de 2014, y recordatorio de los contenidos más importantes de esta.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/12/despidos-colectivos-el-importante-caso.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/12/despidos-colectivos-el-importante-caso_2.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/12/despidos-colectivos-el-importante-caso_85.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/12/despidos-colectivos-el-importante-caso_32.html

¿Quién es el empleador real? El caso "Sevilla Global". Sentencia compleja para un asunto también complejo. Una nota a la sentencia del TS de 22 de julio de 2015.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/12/quien-es-el-empleador-real-el-caso.html

¿Puede pactarse un despido colectivo con aplicación desde el 15 de agosto de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2017? Sí para el TS, si hay un acuerdo que lo justifique debidamente. Nota a la sentencia de 24 de noviembre de 2015 (caso Iberia Líneas Aéreas).

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/12/puede-pactarse-un-despido-colectivo-con.html

La negociación de un convenio colectivo no es la vía jurídica correcta para incluir una modificación sustancial de condiciones de trabajo ni para eludir el procedimiento de despido colectivo. Vulneración de los arts. 41.4 y 51.2 de la LET por inexistencia de períodos de consultas. Nota breve a la sentencia de la AN de 23 de noviembre de 2015 (caso Panrico).

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/12/la-negociacion-de-un-convenio-colectivo.html

***Año 2016.***

No ha desaparecido el derecho a la privacidad del trabajador en la empresa, pero sí ha sido limitado (de momento). Una nota crítica a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 12 de enero (caso Barbulescu v. Rumania).

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/01/no-ha-desaparecido-el-derecho-la.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/01/no-ha-desaparecido-el-derecho-la_18.html

Ultraactividad. Se mantiene el criterio del TS… pero con un voto particular muy discrepante … de dos sentencias Notas a la sentencia del TS de 1 de diciembre de 2015 y recordatorio de la del TSJ de Cataluña de 12 de diciembre de 2013 (caso convenio

colectivo de mercancías por carretera y logística de Barcelona), y voto particular discrepante de aquella… y también de la de 22 de diciembre de 2014.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/01/ultraactividad-se-mantiene-el-criterio.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/01/ultraactividad-se-mantiene-el-criterio_24.html

La dureza del conflicto laboral y los límites a la libertad de expresión de las organizaciones sindicales para defender sus tesis. A propósito de la sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de diciembre de 2015 (y recordatorio de la doctrina del TC).

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/01/la-dureza-del-conflicto-laboral-y-los.html

Despidos colectivos. El impacto de la crisis en las sociedades con capital autonómico y local. Nota breve a la sentencia del TS de 24 de noviembre de 2015 (caso Gestur).

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/01/despidos-colectivos-el-impacto-de-la.html

El impacto de la reforma laboral en la modificación de condiciones de trabajo a través de las diferentes vías jurídicas que permite la flexibilidad interna. A propósito de la sentencia de la AN de 22 de diciembre de 2015.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/02/el-impacto-de-la-reforma-laboral-en-la.html

Sobre la prevención de riesgos laborales en el sector bancario, el registro de la jornada diaria y las horas extraordinarias. A propósito de una tesis doctoral y de la sentencia de la AN de 4 de diciembre de 2015.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/02/sobre-la-prevencion-de-riesgos.html

Centros de trabajo virtuales y mantenimiento de la representación unitaria del personal, sin posibilidad de supresión unilateral por la empresa. Nota a la sentencia de la AN de 23 de diciembre.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/02/centros-de-trabajo-virtuales-y.html

Trabajador con buen salario + mucha antigüedad + edad avanzada. ¿Firme candidato a ser despedido por causas objetivas? A propósito de la sentencia del TSJ del País Vasco de 27 de octubre de 2015.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/02/trabajador-con-buen-salario-mucha.html

Nuevamente sobre la libertad religiosa en el ámbito laboral. ¿Puede influir el velo de la esposa de un trabajador en la decisión empresarial? Una nota a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de febrero de 2016.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/03/nuevamente-sobre-la-libertad-religiosa.html

Despido objetivo. Acreditada la causa económica, la empresa puede seleccionar al trabajador a despedir. Nota crítica a la sentencia del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2015, con votos particulares discrepantes

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/03/despido-objetivo-acreditada-la-causa.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/03/despido-objetivo-acreditada-la-causa_6.html

Las camareras de pisos de hoteles, la externalización de su actividad y la consecuencia de un despido colectivo ¿medida organizativa o económica de reducción de costes, o ambas cosas a la vez? Notas a la sentencia del TS de 20 de noviembre de 2015, nuevamente con votos particulares (radicalmente) discrepantes.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/03/las-camareras-de-pisos-de-hoteles-la.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/03/las-camareras-de-pisos-de-hoteles-la_12.html

Indemnización por despido improcedente y contrato formalizado antes del 12 de febrero de 2012: ¿regreso a los orígenes de la reforma laboral? Nota a la sentencia del TS de 18 de febrero de 2016 y su nueva interpretación de la disposición transitoria quinta de la Ley 3/2012.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/03/indemnizacion-por-despido-improcedente.html

Después de las Jornadas Catalanas de Derecho Social. ¿Constitucionalización del poder de dirección empresarial en la relación de trabajo? Nota crítica a la sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de marzo de 2016 (sobre instalación de cámaras de videovigilancia)

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/03/despues-de-las-jornadas-catalanas-de.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/03/despues-de-las-jornadas-catalanas-de_21.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/03/despues-de-las-jornadas-catalanas-de_80.html

¿Conoce cada trabajador despedido de Bankia, tras un procedimiento de despido colectivo pactado, la razón concreta, la motivación, el criterio de selección, de su despido aunque no aparezca en la carta de despido? Sí para el TS (y nuevamente con voto particular radicalmente discrepante de cuatro magistrados). Notas a la sentencia de 15 de marzo de 2016.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/04/conoce-cada-trabajador-despedido-de.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/04/conoce-cada-trabajador-despedido-de_2.html

Despidos colectivos. Inexistencia de cesión ilegal. Sobre la protección de los trabajadores en el sector público. Notas a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2016, caso "Caminos Jaén SA" (y nuevamente con voto particular discrepante de cuatro magistrados y magistradas).

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/04/despidos-colectivos-inexistencia-de.html

Contratos administrativos irregulares, auténticos contratos laborales, y vulneración de la garantía de indemnidad por extinción contractual. Una nota breve a la sentencia del TS de 18 de marzo.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/04/contratos-administrativos-irregulares.html

La protección del derecho constitucional de libertad sindical en su vertiente funcional. ¿Un paso atrás en la jurisprudencia del TC? Nota crítica a la sentencia de 11 de abril.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/04/la-proteccion-del-derecho.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/04/la-proteccion-del-derecho_24.html

Personal eventual de confianza que compatibiliza su actividad con la de funciones de gerente de una sociedad municipal. Incompetencia de jurisdicción social. Una nota breve a la sentencia del TSJ de Cataluña de 9 de marzo de 2016.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/04/personal-eventual-de-confianza-que.html

Nulidad del despido por vulneración de derecho fundamental. Necesidad de pronunciamiento aunque exista nulidad formal. Nota a la sentencia del TS de 16 de marzo de 2016.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/05/nulidad-del-despido-por-vulneracion-de.html

La protección del derecho de huelga de los trabajadores no huelguistas pero que pueden decidir ejercerlo. Notas a la sentencia del TC 45/2016 de 14 de marzo.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/05/la-proteccion-del-derecho-de-huelga-de.html

El derecho a la difusión de información por los sindicatos como contenido esencial del derecho de libertad sindical. Notas a la importante sentencia del TS de 26 de abril de 2016, y recordatorio de la no menos importante sentencia de la AN de 10 de octubre de 2014 (Caso Liberbank).

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/05/el-derecho-la-difusion-de-informacion.html

Despidos colectivos. Nuevamente sobre la "contabilidad b", que no es causa de nulidad si quedan justificadas las causas alegadas por la empresa. Notas a la sentencia del TS de 31 de marzo de 2016 (caso GICOFA).

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/05/despidos-colectivos-nuevamente-sobre-la.html

Sobre la (no obligación de) comunicación a los representantes de los trabajadores de los escritos de despidos objetivos derivados de procedimiento de despido colectivo. Una nota a la sentencia del TS de 30 de marzo de 2016 (con voto particular radicalmente discrepante de dos magistrados sobre la protección de los derechos colectivos).

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/06/sobre-la-no-obligacion-de-comunicacion.html

El concepto de trabajador, y de trabajador habitualmente ocupado, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Estudio de algunos casos significativos.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/06/el-concepto-de-trabajador-y-de.html

Despidos colectivos en el sector público. La importancia de la disminución de ingresos como causa económica que los justifica. Nota a la sentencia del TS de 10 de mayo de 2016.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/06/despidos-colectivos-en-el-sector.html

Prestaciones contributivas por desempleo. El TS aplica la doctrina del TJUE (sentencia 11.11.2015). Equiparación de ERE y extinción por movilidad geográfica. Nota a la sentencia de 18 de mayo de 2016.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/06/prestaciones-contributivas-por.html

Llegan las vacaciones, llegan las sentencias del Tribunal Supremo (con votos particulares concurrentes en el fondo y discrepantes en como se ha llegado al mismo) …y nuevamente del TJUE. A propósito de dos sentencias del TS de 8 de junio y de la sentencia del TJUE de 30 de junio.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/07/llegan-las-vacaciones-llegan-las.html

Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Sobre el levantamiento del velo y el descubrimiento del auténtico empleador. Una nota a la sentencia del TS de 2 de junio de 2016 (caso EDEBE), que confirma la de la AN de 30 de marzo de 2015.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/07/despidos-colectivos-sobre-el.html

Ultraactividad y contractualización de las condiciones de trabajo. Trabajadores actuales y trabajadores futuros. El debate no está cerrado. Nota a la sentencia del TS de 18 de mayo de 2016.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/07/ultraactividad-y-contractualizacion-de.html

La colisión de derechos fundamentales y cómo debe realizarse la ponderación entre ellos. La libertad sindical, de expresión y de información, y los límites a su ejercicio en relación con el derecho al honor en un conflicto laboral. Notas a la sentencia del TS (Sala Civil) de 20 de julio de 2016 y de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 6 de octubre de 2014.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/08/la-colision-de-derechos-fundamentales-y.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/08/la-colision-de-derechos-fundamentales-y_3.html

Diferencias jurídicas entre modificación sustancial de condiciones de trabajo e inaplicación de convenio colectivo estatutario. ¿Punto final en la conflictividad laboral en la empresa "Sisco Norte SL"? A propósito de la sentencia del TS de 6 de julio de 2016, con obligado recordatorio de cuatro anteriores (dos del TS, una de la AN, y una del TSJ de Castilla y León).

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/08/diferencias-juridicas-entre.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/08/diferencias-juridicas-entre_9.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/08/diferencias-juridicas-entre_95.html

Despido colectivo. Examen de la importante sentencia del TS de 20 de julio de 2016, (caso Panrico), con voto particular discrepante de cuatro magistrados, y obligado recordatorio previo de la sentencia dictada por la AN el 16 de mayo de 2014.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/08/despido-colectivo-examen-de-la.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/08/despido-colectivo-examen-de-la_14.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/08/despido-colectivo-examen-de-la_82.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/08/despido-colectivo-examen-de-la_1.html

Sobre el control de la jornada de trabajo y de las horas extras. A propósito de la Instrucción 3/2016 de la ITSS: recordatorio de la doctrina sentada por la AN en los casos Bankia, Abanca y Sabadell.

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/08/sobre-el-control-de-la-jornada-de.html

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/08/sobre-el-control-de-la-jornada-de_28.html

# SELECCIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE LA EVOLUCIÓN DE LA "AMORTIZACIÓN SIMPLE" DE INDEFINIDOS NO FIJOS E INTERINOS POR VACANTE[1]

**Ignasi Beltran de Heredia Ruiz**
Profesor Agregado y TU Acreditado. UOC

Índice

**1. Indefinidos no fijos e interinos por vacante: extinción por amortización simple ..... 1**
**2. Amortización simple y derecho a indemnización por extinción de contrato ..... 2**
**3. STS 24 de junio 2014: Fin de la doctrina que permite la amortización simple y reconducción a resolución por 'causas de empresa' ..... 3**
**4. ¿Doctrina de la STS 24 de junio 2014 aplicable antes y después reforma 2012? Contradicciones jurisprudenciales ..... 4**
**5. Cese de vacante por cobertura reglamentaria de plaza que ocupaba (e ¿indemnización?) ..... 5**

La importante sentencia STS 24 de junio 2014 (rec. 217/2013) ha supuesto un giro jurisprudencial muy relevante, al impedir que los trabajadores indefinidos no fijos e interinos por vacante puedan ver extinguido su contrato por "simple amortización", debiéndose acudir, desde entonces, a la resolución y procedimiento por "causas de empresa" (en contra de lo fijado en la STS 22 de julio 2013, rec. 1380/2012).

Se trata, sin duda, de un cambio interpretativo de enorme calado, atendiendo al incremento sustancial del estatuto protector de este colectivo de trabajadores y, sobre todo, a los numerosos beneficiados por este nuevo criterio.

La lectura de las siguientes sentencias en el orden sugerido permite una rápida y sintética aproximación secuencial de los diversos estadios de la doctrina jurisprudencial hasta el momento (el listado no pretende ser exhaustivo).

## 1. Indefinidos no fijos e interinos por vacante: extinción por amortización simple

– La extinción de trabajadores interinos por vacante queda sometida a condición resolutoria:

- STS 27 de mayo 2002 (rec. 2591/2001);
- STS 20 de julio 2007 (rec. 5415/2005);
- STS 19 de febrero 2009 (rec. 425/2008);
- STS 8 de junio 2011 (rec. 3409/2010);
- STS 27 de febrero 2012 (rec. 3264/2010);
- STS 27 de febrero 2013 (rec. 736/2012);
- STS 13 de mayo 2013 (rec. 1666/2012).

– La "condición" resolutoria puede identificarse con la "provisión de la vacante por los procedimientos legales de cobertura", o bien, "si el puesto desempeñado desaparece por amortización" (entre otras):
STS 22 de julio 2013 (rec. 1380/2012).

[1] Extracto de la entrada del blog: ignasibeltran.com

– Los criterios extintivos de los interinos por vacante son extrapolables a trabajadores indefinidos no fijos (entre otras):

- STS 27 de mayo 2002 (rec. 2591/2001);
- STS 20 de julio 2007 (rec. 5415/2005);
- STS 19 de febrero 2009 (rec. 425/2008);
- STS 22 de julio 2013 (rec. 1380/2012);
- STS 14 de octubre 2013 (rec. 68/2013);
- STS 15 de octubre 2013 (rec. 383/2013);
- SSTS 23 de octubre 2013 (rec. 408/2013 y 804/2013);
- STS 13 de enero 2014 (rec. 430/2013);
- STS 21 de enero 2014 (rec. 1086/2013);
- STS 11 de febrero 2014 (rec. 1278/2013);
- STS 14 de abril 2014 (rec. 1896/2013);
- STS 11 de junio 2014 (rec. 2100/2013);
- STS 21 de julio 2014 (rec. 2099/2013) [nota: pese a ser posterior a la STS 24 de junio 2014 (rec. 217/2013), mantiene doctrina fijada por la STS 22 de julio 2013 (rec. 1380/2012), porque no estaba en vigor la DA 20ª del ET].
- STS 26 de enero 2015 (rec. 3358/2014) [nota: pese a ser posterior a la STS 24 de junio 2014 (rec. 217/2013), mantiene doctrina fijada por la STS 22 de julio 2013 (rec. 1380/2012), porque no estaba en vigor la DA 20ª del ET].

## 2. Amortización simple y derecho a indemnización por extinción de contrato

– A pesar de permitirse la extinción por amortización simple, los trabajadores indefinidos no fijos tienen derecho a una indemnización por finalización del contrato (similar a la de los contratos temporales)

- STS 14 de octubre 2013 (rec. 68/2013);
- STS 15 de octubre 2013 (rec. 383/2013);
- SSTS 23 de octubre 2013 (rec. 408/2013 y 804/2013);
- STS 13 de enero 2014 (rec. 430/2013);
- STS 21 de enero 2014 (rec. 1086/2013);
- STS 11 de febrero 2014 (rec. 1278/2013);
- STS 14 de abril 2014 (rec. 1896/2013);
- STS 11 de junio 2014 (rec. 2100/2013);
- STS 21 de julio 2014 (rec. 2099/2013) [Ponente: Salinas Molina]. [nota: pese a ser posterior a la STS 24 de junio 2014 (rec. 217/2013), mantiene doctrina fijada por la STS 22 de julio 2013 (rec. 1380/2012), porque no estaba en vigor la DA 20ª del ET].
- STS 26 de enero 2015 (rec. 3358/2013) [Ponente: López García de la Serrana]. [nota: pese a ser posterior a la STS 24 de junio 2014 (rec. 217/2013), mantiene doctrina fijada por la STS 22 de julio 2013 (rec. 1380/2012)].
- STS 30 de marzo 2015 (rec. 2276/2014) [Ponente: Virolés Pinyol]. [nota: pese a ser posterior a la STS 24 de junio 2014 (rec. 217/2013), mantiene doctrina fijada por la STS 22 de julio 2013 (rec. 1380/2012) a la amortización simple de 4 trabajadores indefinidos no fijos producida el 31 de enero 2012. No aplica la STS 24 de junio 2014 por una cuestión estrictamente procesal].
- STS 11 de mayo 2015 (rec 1090/2014) [Ponente: Souto Prieto] [nota: pese a ser posterior a la STS 24 de junio 2014 (rec. 217/2013), mantiene doctrina fijada por la STS 22 de julio 2013 (rec. 1380/2012) a la amortización simple de 1 trabajador indefinido no fijo producida el 31 de enero 2012.

En la **doctrina judicial,**

- STSJ País Vasco 11 de noviembre 2014 (rec. 1978/2014), aplica SSTS 21 de julio 2014 (rec. 2099/2013) y 22 de julio 2013 (rec. 1380/2012) a un supuesto extintivo de un trabajador indefinido no fijo producido el 30 de noviembre de 2013. Contradice STS 24 de junio 2014 (rec. 217/2013).

## 3. STS 24 de junio 2014: Fin de la doctrina que permite la amortización simple y reconducción a resolución por 'causas de empresa'

– Fin de la doctrina que permite extinción por amortización simple de indefinidos no fijos e interinos por vacante, debiendo reconducirse a la resolución y procedimientos por "causas de empresa":
STS 24 de junio 2014 (rec. 217/2013). [Puede consultarse una valoración crítica de esta sentencia en esta entrada; y sobre ciertos efectos jurídicos de esta sentencia en esta otra].

Y, siguiendo esta doctrina:

- Caso Agencia de Innovación, Financiación e Internacionalización Empresarial de Castilla y León (SSTS 7, 14, 15 y 17 de julio y 16 de septiembre 2014
  rec. 1844/2013;
  2285/2013; 2057/2013; 1847/2013; 2680/2013; 2052/2013;2047/2013; 1801/2013; 1833/2013; 1873/2013;
  y 1880/2013); y 18 de diciembre 2014 (rec. 1790/2013).
- STS 11 de febrero 2015 (rec. 840/2014).
- STS 17 de marzo 2015 (rec. 753/2014): caso Axencia Galega de Desenvolvemento Rural (AGADER), amortización producida en diciembre 2012: "Es innegable que la solución adoptada por la decisión recurrida se ajustaba a doctrina de la Sala a la sazón vigente, pero – como veremos- la misma tan sólo era aplicable a una normativa diversa a la que ya estaba en vigor a la fecha en que se habían producido los hechos sometidos a enjuiciamiento". Y STS 26 de mayo 2015 (rec. 391/2014): caso Axencia Galega de Desenvolvemento Rural (AGADER), amortización producida en diciembre 2012: debe aplicarse la doctrina de junio 2014
- STS 18 de marzo 2015 (rec. 1521/2014): Ayuntamiento de Onil. Amortización simple producida en octubre 2012.
- STS 12 de mayo 2015 (rec. 1080/2014): amortización simple de una trabajadora indefinida no fija del Ayuntamiento de Albacete producida en noviembre de 2012, calificada como despido improcedente. En términos similares, STS 12 de mayo 2015 (rec. 1200/2014).
- STS 23 de junio 2015 (rec. 1981/2014): amortización simple de una trabajadora indefinida no fija, locutora de la radio del Ayuntamiento de Huetar Vega producida en diciembre de 2012.
- STS 30 de junio 2014 (rec. 2068/2014): amortización simple de un trabajador indefinido no fijo producida en septiembre 2012
- STS 7 de julio 2015 (rec. 2598/2014): amoritzacion simple de una trabajadora indefinida no fija de la Consellería de Traballo e Benestar de la Xunta de Galicia producida en mayo de 2013. Despido calificado como nulo por incumplimiento del trámite del despido colectivo y violación de la garantía de indemnidad.
- STS 13 de julio 2015 (rec. 2405/2014): amortización simple de una profesora indefinida no fija de la Xunta de Galicia producida en mayo de 2013.
- STS 27 de octubre 2015 (rec. 2574/2014): despido nulo por amortización simple de trabajadores indefinidos no fijos de la Consellería de Traballo de la Xunta de Galicia producida en mayo de 2015 .
- STS 27 de octubre 2015 (rec. 2244/2014): despido nulo de una trabajadora indefinida no fija, conserje de un colegio infantil cuyo contrato ha sido extinguido por amortización simple.
- STS 16 de febrero 2016 (rec. 1199/2014) despido improcedente de trabajador indefinido no fijo, Educador de Calle, del Ayuntamiento de Albacete producido por amortización simple en noviembre de 2012.
- STS 8 de marzo 2016 (rec. 3423/2014): despido improcedente de arquitecto Superior Municipal interino por vacante por amoritzación simple producida en diciembre de 2012.
- STS 4 de abril 2016 (rec. 2600/2014): despido nulo de trabajadora indefinida no fija de la Conselleria de Traballo e Bienestar por amortización simple que afecta a 178 trabajadores sin seguir el cauce del art. 51 ET
- STS 5 de abril 2016 (rec. 1874/2014): despido improcedente por amortización simple de trabajador indefinido no fijo que realiza tareas administrativas en el sector de deportes de un Ayuntamiento.
- STS 20 de abril 2016 (rec. 309/2016): despido improcedente por amortización simple de trabajador indefinido no fijo director del área de deportes de un ayuntamiento producida en septiembre de 2012
- STS 9 de junio 2016 (rec. 508/2016): amortización simple de trabajadora indefinida no fijo producida en mayo de 2013 declarada como despido nulo por no haber seguir el procedimiento de despido colectivo.

En la **doctrina judicial** (entre otras):

- STSJ Catalunya 13 de noviembre 2014 (rec. 4879/2014): no procede amortización simple de trabajadora interina por vacante producida en abril de 2013. Y, en términos similares, para amortización simple de interina por vacante producida en marzo 2012, STSJ Catalunya 21 de noviembre 2014 (rec. 5024/2014).
- La STSJ Catalunya 10 de diciembre 2014 (rec. 4947/2014), declara la nulidad de una amortización simple producida en septiembre 2012 de una trabajadora interina por vacante con una reducción de jornada por cuidado de un menor.
- STSJ Castilla La Mancha 18 de diciembre 2014 (rec. 1296/2014): no procede amortización simple de trabajadores interinos por vacante producida en octubre 2012.
- STSJ Galicia 19 de diciembre 2014 (rec. 3605/2014): no procede amortización simple de trabajadores interinos por vacante producida en mayo 2013.
- STSJ Madrid 19 de diciembre 2014 (rec. 745/2014). Caso Servicio Madrileño de Salud: no procede amortización simple de trabajadores interinos por vacante producida en octubre 2013.
- STSJ Madrid 1 de diciembre 2014 (rec. 765/2014); y 12 de febrero 2015 (rec. 582/2014). Caso Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid: no procede amortización simple de trabajadores interinos por vacante producida en julio 2013.
- STSJ Madrid de 23 enero 2015 (rec. 797/2014), amortización simple de un contrato de interinidad por vacante producido en enero de 2013 y calificado como improcedente.
- STSJ Illes Balears 27 de marzo 2015 (rec. 103/2015), amortización simple de un contrato indefinido no fijo del Instituto Balear de la Natura producido en diciembre de 2012 y calificado como improcedente.

## 4. ¿Doctrina de la STS 24 de junio 2014 aplicable antes y después reforma 2012? Contradicciones jurisprudenciales

La doctrina de la STS 24 de junio 2014 (rec. 217/2013) es aplicable a las amortizaciones simples con independencia de que se produjeran antes o después de la reforma de 2012. En consecuencia, tales extinciones deben ser calificadas como nulas o improcedentes en función del número de trabajadores afectados:

- STS 21 de julio 2014 (rec. 1508/2013) [Ponente: Sempere Navarro]: sin entrar en el fondo, por entender que no existe contradicción, sostiene que, si la hubiera habido, sería aplicable la doctrina de la STS 24 de junio 2014 (rec. 217/2013), a un supuesto de amortización de un indefinido no fijo producida en diciembre de 2011.
- STS 13 de octubre 2014 (rec. 2745/2013): "obiter dicta", a un supuesto de extinción posterior a entrada en vigor RDL 3/12 (marzo 2012 – aunque en la carta se pretende indicar que la fecha de efecto de la extinción es de enero de 2012 y el TS lo descarta)
- STS 29 de octubre 2014 (rec. 1765/2013): criterio aplicado a un supuesto de extinción anterior a reforma de 2012.
- STS 4 de noviembre 2014 (rec. 2679/2013): "obiter dicta", a un supuesto de extinción posterior a entrada en vigor RDL 3/12 (marzo 2012 – aunque en la carta se pretende indicar que la fecha de efecto de la extinción es de enero de 2012 y el TS lo descarta)
- STS 2 de diciembre 2014 (rec. 2371/2013): La doctrina de la STS 24 de junio 2014 (rec. 217/2013) es aplicable a un supuesto de 'amortización simple' producido entre la entrada en vigor del RDL 3/2012 y la Ley 3/2012, porque "la Sentencia de 24 de junio de 2014, recurso 217/2013 , no se ha establecido en virtud de lo dispuesto en la DA 20 del ET, en la redacción dada por la Ley 3/2012, sino atendiendo a los razonamientos que en la misma se contienen respecto a la naturaleza, duración y extinción de los contratos de interinidad por vacante".
- STS 19 de febrero 2015 (rec. 51/2014): La doctrina de la STS 24 de junio 2014 (rec. 217/2013) es aplicable a un supuesto de 'amortización simple' de una trabajadora interina por vacante comunicado el 10 de febrero 2012.
- STS 9 de marzo 2015 (rec. 2186/2014): La doctrina de la STS 24 de junio 2014 (rec. 217/2013) es aplicable a un supuesto de 'amortización simple' de 1 trabajador interino – que deviene indefinido no fijo – comunicado el 31 de enero 2012. Un comentario al respecto en esta entrada.
- STS 13 de julio 2015 (rec. 1165/2014): 'amortización simple' de un peón indefinido no fijo del Ayuntamiento de Albal producida el 30 de junio de 2012 (antes de la entrada en vigor de la Ley 3/2012 y, por tanto, del párrafo 3º de la DA 20ª). Sigue el mismo criterio que la STS 8 de julio 2014 (rec. 2693/2013) que versa sobre un caso idéntico.
- STS 25 de febrero 2016 (rec. 2537/2014) despido nulo por amortización simple de un trabajador de los Serveis Ferroviaris de Mallorca (en el marco de un ERE), producida entre la entrada en vigor del RDL 3/2012 y la Ley 3/2012.

– STS 20 de abril 2016 (rec. 309/2016): despido improcedente por amortización simple de trabajador indefinido no fijo director del área de deportes de un ayuntamiento producida en septiembre de 2012. *Obiter dicta*, sostiene que la discrepancia en el seno del TS ha sido superada.

En la **doctrina judicial** (entre otras)

– STSJ de Islas Baleares 10 febrero 2015 (rec. 416/2014), amortización simple de una trabajadora interina por vacante del Servicio de Salud de les Illes Balears producida en marzo de 2011 debe calificarse como un despido improcedente al no haber seguido el procedimiento establecido para el despido objetivo.

**Jurisprudencia contradictoria**

La doctrina de la STS 24 de junio 2014 (rec. 217/2013) **no es aplicable** a las amortizaciones simples producidas con anterioridad a la reforma de 2012.

– STS 21 de julio 2014 (rec. 2099/2013) [Ponente: Salinas Molina];
– STS 26 de enero 2015 (rec. 3358/2013) [Ponente: López García de la Serrana];
– Implícitamente, STS 17 de marzo 2015 (rec. 753/2014) [Ponente: De Castro Fernández];
– STS 11 de mayo 2015 (rec 1090/2014) [Ponente: Souto Prieto].
– La STS 30 de marzo 2015 (rec. 2276/2014) [Ponente: Virolés Pinyol], mantiene doctrina fijada por la STS 22 de julio 2013 (rec. 1380/2012) a la amortización simple de 4 trabajadores indefinidos no fijos producida el 31 de enero 2012. No aplica la STS 24 de junio 2014 por una cuestión estrictamente procesal].

## 5. Cese de vacante por cobertura reglamentaria de plaza que ocupaba (e ¿indemnización?)

– STS 6 de octubre 2015 (rec. 2592/2014): Después de la doctrina jurisprudencial de 24 de junio 2014, la amortización de un indefinido no fijo llevada a cabo por el proceso reglamentario (con respeto a los principios constitucionales de publicidad, igualdad, mérito y capacidad que han conducido al nombramiento para la plaza ocupada), no puede calificarse como despido, sino de cese acaecido como consecuencia de la producción de la causa válidamente consignada en el contrato (*ex* art. 49.1 b ET), reconociéndose el derecho a percibir la indemnización por extinción de un contrato temporal (atendiendo al Auto del TJUE 11-12-2014, asunto 86/14).
– En términos similares, STS 31 de marzo 2015 (rec. 2156/2014); y STS 4 de febrero 2016 (rec. 2638/2015).
– No se reconoce indemnización en la STS 21 de julio 2015 (rec. 2672/2014) relativa a un trabajador indefinido no fijo.
– STS 19 de mayo 2015 (rec. 2552/2014): Cobertura de plaza de una trabajadora interina por vacante (que excede de los 3 años ex art. 70.1 EBEP). No se reconoce indemnización.
– STS 15 de junio 2015 (rec. 2924/2014): se reconoce el derecho a la indemnización ex art. 49.1.c y DT 13ª RDL 1/1995 solicitada subsidiariamente por una trabajadora indefinida no fija.

FEDERACIÓ DE MUNICIPIS DE CATALUNYA

# JORNADA: ANÀLISI DE LA DARRERA JURISPRUDÈNCIA DEL TS SOBRE LA REFORMA LABORAL DE 2012 I SOBRE L'EXTINCIÓ DELS CONTRACTES LABORALS INDEFINITS NO FIXOS

## SESSIÓ DE PRÀCTICA JURÍDICA: L'APLICACIÓ DEL RÈGIM DISCIPLINARI A PARTIR DE LES DARRERES NOVETATS JURISPRUDENCIALS

**Mariano Romero González-Rúa**

**Tècnic Assessor en Dret i Lletrat**
**del Servei d'Assistència en Recursos Humans de la Diputació de Barcelona (SARH)**

**Barcelona, setembre de 2016**

# EL RÈGIM DISCIPLINARI DELS EMPLEATS DE LES ADMINISTRACIONS LOCALS DE CATALUNYA

**CONCEPTE:**

És la facultat que l'Ordenament Jurídic reconeix als empresaris, públics i privats, de poder sancionar les conductes dels empleats públics que vulnerin la normativa on es tipifiquin els incompliments que podran ser objecte de sanció disciplinària, i sense perjudici de la responsabilitat civil o penal en què pugui incórrer l'infractor la qual es farà efectiva en la forma que determina la llei.

Classes d'empleats públics → Sistema dual del personal al servei de las AAPP (F / L)

Classes d'empleats públics → Classificació segons instrument d'ordenació de RH → Plantilla / RLLT → Sistema dual del personal al servei de las AAPP (F / L)

# RÈGIM JURÍDIC DELS DIFERENTS PROCEDIMENTS DISCIPLINARIS

**FUNCIONARIS**

**PERSONAL LABORAL**

- EBEP (arts. 93-98)
- LBRL + DL 2/2003

**POLICIA LOCAL**

- LO 2/1986 + Llei 16/1991
- Decret 179/2015
- Supletoris Decret 243/1995 + Decret 214/1990
- RD 33/1986 (supletori)

**PROCEDIMENT GENERAL**

- DL 1/1997
- Decret 243/1995 + Decret 214/1990
- Acords condicions F
- Acords condicions comunes F + L
- RD 33/1986 (supletori)

- Estatut dels Treballadors
- Convenis col·lectius
- Acords condicions comunes F + L

- FUNCIONARIS AMB HABLITACIÓ NACIONAL
- Art. 92.bis LBRL

TSJ Catalunya 10.5.2016
TSJ Madrid 3.3.2011

# DECRET 243/1995

INCOACIÓ

Notificació a l'instructor

Declaració de l'inculpat i altres diligències

PLEC DE CÀRRECS

**1 mes**

Notificació a l'interessat

Al·legacions + aportació de documents + proposició de prova

**10 dies**

PRÀCTICA DE DILIGÈNCIES PROBATÒRIES

**15 dies màxim**

Notificació a l'interessat

VISTA DE L'EXPEDIENT

Notificació a l'interessat

Al·legacions + aportació de documents

**10 dies màxim**

**10 dies**

PROPOSTA DE RESOLUCIÓ

Notificació a l'interessat

Al·legacions davant l'instructor

**5 dies**

Remissió de l'expedient a l'òrgan competent per dictar resolució

**8 dies**

Devolució expedient a instructor per a la pràctica de diligències

Vista expedient a interessat

Al·legacions

Remissió expedient òrgan competent per resolució

**5 dies**

RESOLUCIÓ DE L'ÒRGAN COMPETENT

# CONSIDERACIONS PRÈVIES A L'HORA D'INICIAR UN EXPEDIENT DISCIPLINARI

Actuació preventiva o dissuasòria
(avís, suggeriment, tema mèdic)

Actuació punitiva
(expedient disciplinari)

**INACTIVITAT O MANCA D'ACTUACIÓ**

- Es perpetuen incompliments crònics que dificulten gestió de RH
- Suposa un greuge per als empleats complidors

**ACTUACIÓ EXCESSIVA**

- Desgast del gestor de RH
- Enrareix el clima laboral

Fixar i mantenir el llindar mínim d'actuació disciplinària

+

Mantenir-lo i aplicar-lo a TOT el personal sense DISCRIMINACIÓ

# CONSIDERACIONS PRÈVIES A L'HORA D'INICIAR UN EXPEDIENT DISCIPLINARI

**ASPECTES A VALORAR I TENIR EN COMPTE ABANS D'INICIAR UN PROCEDIMENT DISCISPLINARI**

- Comprovar que la infracció no hagi prescrit
- Que no es vulneri el principi NON BIS IN ÍDEM
- No actuar per sorpresa contra conductes reiteradament consentides
- Tenir en compte la regulació prevista en la normativa convencional: Acord de condicions (del personal funcionari), Conveni Col·lectiu (personal laboral) i Acords reguladors de les condicions de treball comunes (personal funcionari i laboral)
- Valorar conveniència expedient disciplinari per solucionar altre tipus de problemes

# FASE D'INCOACIÓ

## ÒRGANS COMPETENTS PER INCOAR L'EXPEDIENT DISCIPLINARI

**FUNCIONARIS EN GENERAL I PERSONAL LABORAL**

Art. 21.1.h) LBRL
Art. 53.1.i) DL 2/2003
Art. 55.s) Decret 214/1990

**FUNCIONARIS AMB HABILITACIÓ DE CARÀCTER NACIONAL**

Art. 92.bis LBRL

**POLICIA LOCAL**

Art. 21.1.i) LBRL
Art. 53.1.j) DL 2/2003
Art.54.2 Llei 16/1991
Art. 17 Decret 179/2015

# FASE D'INCOACIÓ

## ÒRGANS COMPETENTS PER INCOAR L'EXPEDIENT DISCIPLINARI

### FUNCIONARIS AMB HABILITACIÓ DE CARÀCTER NACIONAL

Art. 92.bis LBRL

10. Son órganos competentes para la incoación de expedientes disciplinarios a los funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional los siguientes:

a) El órgano correspondiente de la Corporación donde el funcionario hubiera cometido los hechos que se le imputan, cuando pudieran ser constitutivos de falta leve **(Alcalde)**

b) La Comunidad Autónoma respecto a funcionarios de corporaciones locales en su ámbito territorial, salvo cuando los hechos denunciados pudieran ser constitutivos de faltas muy graves tipificadas en la normativa básica estatal. **(En Catalunya el Director General de l'Administració Local)**

c) El Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas cuando los hechos denunciados pudieran ser constitutivos de faltas muy graves, tipificadas en la normativa básica estatal.

El órgano competente para acordar la incoación del expediente lo será también para nombrar instructor del mismo y decretar o alzar la suspensión provisional del expedientado, así como para instruir diligencias previas antes de decidir sobre tal incoación.

# FASE D'INCOACIÓ

## ÒRGANS COMPETENTS PER INCOAR L'EXPEDIENT DISCIPLINARI

Art. 21.1.i) LBRL
Art. 53.1.j) DL 2/2003
Art.54.2 Llei 16/1991
Art. 17 Decret 179/2015

**POLICIA LOCAL**

Art. 54.2 Llei 16/1991

2. Corresponen a l'alcalde, o a la persona en qui aquest delegui, la incoació de l'expedient disciplinari i el nomenament de l'instructor i, si escau, del secretari.

Art. 17 del Decret 179/2015

17.1 Correspon a l'alcalde, o a la persona en qui aquest delegui, la incoació de l'expedient disciplinari i el nomenament d'instructor i, si s'escau, de secretari.

17.2 No obstant el que disposa l'apartat anterior, amb caràcter general, correspon als caps de policia local incoar expedients disciplinaris per faltes lleus, llevat que l'alcalde acordi una altra cosa.

Es recomana que sigui l'Alcalde qui incoï les faltes lleus per evitar la nul·litat de la sanció per una qüestió d'incompetència del cap PL (jerarquia normativa)

# FASE D'INCOACIÓ

## DECRET D'INCOACIÓ: CONTINGUT (art. 40 Decret 243/1995)

1) **Identificació de l'autor, els fets, el moment i lloc de comissió de la infracció** (possible esmena en la citació a la compareixença)

- No cal tipificar la falta comesa ni les sancions. Si es tipifiquen no és vinculant per l'instructor
- Si es tipifica com falta lleu s'ha de tramitar procediment sumari

2) **Nomenament instructor** (preceptiu) Ha de ser funcionari pertanyent a un cos o a una escala d'igual o superior grup titulació al de l'expedientat.

- Funcionari de CARRERA (TSJ Canàries de 1.9.2000)
- Funcionari INTERÍ: (TSJ C. Valenciana de 15.12.2003)

**Excepció:** Expedients oberts a funcionaris amb habilitació de caràcter nacional, l'instructor ha de ser funcionari de CARRERA, subgrup A1 i amb coneixements en la matèria objecte d'infracció (art. 92.bis LBRL)

**Especialitat** Policia Local (art. 17 Decret 179/2015): Si l'instructor és un membre del cos de la policia local haurà de tenir una **categoria igual o superior** a la de l'expedientat

3) **Nomenament de secretari** (facultatiu). Ha de ser funcionari (de carrera / interí)

4) **Mesures cautelars** (opcional i es poden acordar posteriorment a instàncies d'instructor)

# FASE D'INCOACIÓ

## MESURES CAUTELARS (arts. 90.4 + 98.3 EBEP + art 89 DL 1/1997 + 29 Decret 243/1995)

L'adopció de mesures cautelars restrictives dels drets de l'expedientat ha de fer-se amb caràcter excepcional i únicament quan siguin necessàries per assegurar l'eficàcia de la resolució que pugui recaure i pel temps estrictament imprescindible

**Contingut**: Catàleg obert (art. 29.3 Decret 243/1995):

a) Trasllat lloc de treball: casos de deteriorament funcionament centre de treball o unitat

b) Suspensió de funcions: deteriorament greu de la prestació del servei amb descompte de retribucions

c) Retenció cautelar de retribucions: abandonament del servei sense causa justificada

# FASE D'INCOACIÓ

## MESURES CAUTELARS (arts. 90.4 + 98.3 EBEP + art 89 DL 1/1997 + 29 Decret 243/1995)

**Competència**: L'òrgan competent per incoar l'expedient disciplinari

**Supòsits**: Expedients per faltes greus o molt greus (caràcter excepcional)

**Moment**: En la mateixa resolució d'incoació de l'expedient disciplinari o en un moment posterior durant la seva tramitació, a proposta de l'instructor. També es poden acordar durant la tramitació d'un procediment judicial

**Causes**: La resolució ha de ser motivada i justificada en l'especial gravetat o transcendència que revesteixen els fets, la garantia del normal funcionament dels serveis públics, la protecció dels interessos generals, o en que pot derivar un perjudici per als serveis públics o pot resultar perjudicada la investigació dels fets (arts. 29 Decret 243/1995 i 89 DL 1/1997)

**Finalitat**: Orientades a la finalitat d'assegurar l'eficàcia de la resolució final que pugui recaure (art. 98.3 EBEP)

# FASE D'INCOACIÓ

**SUSPENSIÓ PROVISIONAL (arts. 90.4 + 98.3 EBEP + art 89 DL 1/1997 + art. 56.2 Llei 16/1991 + 29 Decret 243/1995)**

**Retribucions durant la suspensió provisional**:

**A) Funcionaris en general**:

Bàsiques + prestacions familiars per fill a càrrec (art. 98 EBEP)

**B) Policies Locals:**

Les que li pertoquin excepte Complement específic i gratificació serveis extraordinaris (art. 56.2 Llei 16/1991)

# FASE D'INCOACIÓ

**SUSPENSIÓ PROVISIONAL DE FUNCIONS (arts. 90.4 + 98.3 EBEP + art 89 DL 1/1997 + 29 Decret 243/1995)**

A) **Funcionaris en general:**

- 3 mesos (faltes greus i molt greus) prorrogables per altres tres mesos en les faltes MOLT GREUS
- Màxim 6 mesos, excepte paralització del procediment imputable a l'expedientat

B) **Policia Local:**

1 mes, prorrogable mes a mes, fins a un màxim de 6 mesos excepte:

- Paralització per causa imputable a expedientat
- ~~Fins que es dicti resolució definitiva procediment judicial penal~~

En el cas que s'acordés la mesura cautelar de funcions per haver un procediment penal sobre els mateixos fets, els tribunals consideren que el límit temporal serà de 6 MESOS i només podrà superar-se quan el jutge penal adopti mesures que impedeixen la prestació efectiva del lloc de treball (TSJ Catalunya 20.2.2015 i TSJ Illes Balears 5.7.2010)

C) **Personal laboral :** Màxim 6 mesos (art. 98.3 EBEP)

# FASE D'INCOACIÓ

## SUSPENSIÓ PROVISIONAL DE FUNCIONS: INCIDÈNCIES

### APLICACIÓ DE LA MESURA DE SUSPENSIÓ PROVISIONAL DE FUNCIONS QUAN EL FUNCIONARI EXPEDIENTAT AGAFA LA BAIXA

**1) Si l'expedientat se situa en IT ABANS d'aplicar la mesura de suspensió provisional de funcions**:

- Es tramitarà normalment la IT:
    - L'ajuntament la tramitarà davant la Seguretat Social (comunicacions dels parts baixa-confirmació-alta, pagament delegat, etc.) i pagarà els complements d'IT que s'hagin pactat
    - L'expedientat tramitarà els comunicats de baixa, confirmació i baixa i els lliurarà a l'ajuntament
- Mentre duri la situació d'IT NO s'aplicaria la mesura cautelar de suspensió provisional de funcions (TSJ Catalunya 26.1.2001)
- Quan funcionari es reincorpori amb l'alta mèdica es podrà aplicar la suspensió provisional de funcions <u>només si aquesta mesura cautelar continua essent necessària</u>

# FASE D'INCOACIÓ

## SUSPENSIÓ PROVISIONAL DE FUNCIONS: INCIDÈNCIES

**2) Si l'expedientat se situa en IT DESPRÉS d'haver-se començat a aplicar la mesura de suspensió provisional de funcions**:

- L'expedientat cobrarà les retribucions que corresponguin en suspensió provisional de funcions (SF):

**A) Funcionaris en general**:

Bàsiques + prestacions familiars per fill a càrrec (art. 98 EBEP)

**B) Policies Locals:**

Les que li pertoquin excepte CE i gratificació serveis extraordinaris (art. 56.2 Llei 16/1991)

- A l'expedientat i se li manté d'alta en Seguretat Social cotitzant per les retribucions realment percebudes (Ordre 27.10.1992. S'ha de tramitar situació d'inactivitat davant la TGSS pel sistema RED (opció canvi de contracte o coeficient)

- L'ajuntament NO ha de tramitar la IT davant la Seguretat Social ni el pagament delegat

- L'expedientat ha de continuar demanant i conservant parts baixa-alta-confirmació

- Si finalitza la SF i funcionari continua d'IT es tramitarà i se li abonarà subsidi en % corresponent

# FASE D'INCOACIÓ

## DECRET D'INCOACIÓ: NOTIFICACIONS

Notificacions del Decret d'incoació de l'expedient disciplinari:

1) **Funcionari expedientat** (coneixement expedient i possible recusació)

2) **Instructor i secretari** (coneixement expedient i possible abstenció)

art. 41
Decret 243/1995

3) **Denunciant**. Se li ha de COMUNICAR l'acord d'incoació (art. 37.2 Decret 243/1995)

4) **Òrgans representació del personal**. Se'ls ha de DONAR COMPTE de la incoació dels expedients (art. 56 Decret 243/1995)

Els termes "comunicar" i "donar compte" tindrien un contingut més restringit que no comportaria l'obligació de notificar la resolució sancionadora íntegra sinó únicament una comunicació que faci referència a la decisió d'incoar expedient disciplinari indicant la persona afectada i si s'escau, una breu referència als fets i/o les faltes presumptament comeses

# FASE D'INCOACIÓ

## DECRET D'INCOACIÓ: NOTIFICACIONS ADDICIONALS (D. Ad. 1a Decret 243/1995 + art.37 LPRL

**Notificacions ADDICIONALS del Decret d'incoació:**

a) **Junta de personal, secció sindical o Central sindical corresponent** prevenció quan l'expedientat:

- formi part dels òrgans representació del personal o l'hagi estat durant l'any interior o sigui candidat durant el període electoral, o sigui delegat de prevenció

- sigui delegat sindical

- tingui un càrrec electiu a nivell provincial, autonòmic o estatal de les organitzacions sindicals més representatives

b) **Notificacions** addicionals **pactades** en la negociació col·lectiva

c) **Altres comunicacions:** ajuntaments comissions de serveis, etc.
(Dictamen 11/2010 APDCAT)

# FASE D'INCOACIÓ

## DECRET D'INCOACIÓ I LA SEVA INCIDÈNCIA EN ELS TERMINIS DE PRESCRIPCIÓ I CADUCITAT

El Decret d'incoació té incidència respecte als següents terminis:

### 1) Prescripció de la infracció

El termini de prescripció de la infracció s'interromp el dia de la NOTIFICACIÓ a l'interessat de la resolució que acorda la incoació de l'expedient disciplinari

TS 18.6.1999 i 18.11.2000
TSJ Catalunya 18.10.2001
TSJ Madrid 24.3.2001

### 2) Caducitat del procediment disciplinari

El termini de 6 MESOS per resoldre l'expedient disciplinari s'inicia en la DATA D'INCOACIÓ de l'expedient i finalitza el dia de la NOTIFICACIÓ, o l'INTENT DE LA NOTIFICACIÓ, a l'expedientat de la resolució sancionadora (TSJ Catalunya 22.7.2004 i 8.2.2006 i **TS 3.12.2013** que modifica doctrina anterior de TS 7.11.2003 en interès de llei)

# FASE D'INCOACIÓ

## RECUSACIÓ AMB SUSPENSIÓ DEL PROCEDIMENT

La recusació de l'instructor i/o secretari comporta la suspensió del procediment disciplinari fins a la seva resolució (art. 77 Llei 30 /1992)

## DECRET D'INCOACIÓ I EL PEUS DE RECURS

1) D'INCOACIÓ DE L'EXPEDIENT DISCIPLINARI

Acte tràmit contra el qual NO es pot interposar cap recurs administratiu ni judicial

- TS 5.5.1998

2) D'ADOPCIÓ DE MESURES CAUTELARS

Es por interposar recurs en via administrativa i/o judicial

- TS 5.5.1998
- TSJ La Rioja 3.4.2006
- TSJ Catalunya 16.1.2004

## MODEL DECRET D'INCOACIÓ

La cap del servei de INDICAR RESPONSABLE MUNICIPAL ha presentat informe al regidor de INDICAR ÀREA, sobre la conducta presumptament comesa pel senyor NOM i COGNOM, funcionari de carrera, consistent en

> "Descriure els fets susceptibles de constituir falta disciplinaria amb un nivell de detall suficient perquè la persona expedientada pugui conèixer quins són les conductes i els fets que se li imputen".

Els fets descrits poden ser constitutius d'una falta disciplinària de les previstes a la normativa reguladora dels funcionaris locals de Catalunya

En virtut de les facultats que tinc conferides per lla article 21.1.h) de la Llei 7/1985, reguladora de les Bases del règim local, l'article 53.1.i) del Decret legislatiu 2/2003, pel qual s'aprova la Llei municipal i de règim local de Catalunya, i la resta de normativa vigent,

**R E S O L C**

**Primer.-** Incoar expedient disciplinari al funcionari de carrera senyor NOM I COGNOM, pels fets que es relacionen a la part **expositiva d'aquesta resolució.**

**Segon.-** Designar com instructor/a de l'expedient el/la senyor/a NOM I COGNOM i com a secretar/a el/la senyor/a NOM I COGNOMS tots dos funcionaris d'aquesta Corporació.

**Tercer.-** Notificar l'obertura de l'expedient a la persona expedientada informant-lo que pot exercir en qualsevol moment de la tramitació del procediment el dret de recusació de l'Instructor i/o la Secretària, mitjançant escrit davant l'Alcalde, a l'empara de l'article 29 de la LRJPAC i per les causes enumerades a l'article 28 de la mateixa Llei, aportant proves que fonamentin els motius al·legats.

**Quart.-** Notificar a l'instructor i al secretari/a de l'expedient que poden exercir, si s'escau, l'abstenció en el procediment per escrit davant l'Alcalde, per les causes que estableix l'article 28 de la LRJPAC, aportant proves que fonamentin els motius al·legats.

**Cinquè.-** Comunicar la present resolució als representants legals del personal funcionari de l'ajuntament de .... / secció sindical / al sindicat ..... que té la consideració de més representatiu.

DATA I SIGNATURA ÒRGAN COMPETENT

## MODEL PEU DE RECURS DECRET INCOACIÓN AMB ADOPCIÓ MESURES CAUTELARS

Aquesta resolució, pel que fa a l'acord d'incoació de l'expedient disciplinari, no és susceptible de recurs per tractar-se d'un acte administratiu de tràmit no definitiu en via administrativa i això sense perjudici que pugueu exercitar el que estimeu procedent, de conformitat amb el que disposa l'article 58.2 de la Llei 30/1992, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú.

Pel que fa a la part dispositiva de la resolució que acorda la mesura cautelar, i que és definitiva en via administrativa, es podrà interposar amb caràcter potestatiu recurs de reposició davant l'òrgan que l'ha dictada en el termini d'un mes a comptar des del dia següent a la recepció d'aquesta notificació.

Contra la desestimació expressa del recurs de reposició, en el seu cas, o bé directament contra aquesta resolució, es podrà interposar recurs contenciós administratiu davant dels jutjats contenciosos administratius de la província de Barcelona o, a elecció de l'interessat/ada, dels que tinguin competència territorial en la localitat de residència del demandant, en el termini de dos mesos a comptar des del dia següent de la recepció d'aquesta notificació, d'acord amb el que preveu l'article 46 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa.

# MODEL PRIMERES DILIGÈNCIES D'INSTRUCCIÓ

En relació amb l'expedient disciplinari incoat al funcionari d'aquesta Corporació, Sr. NOMS I COGNOMS, i de conformitat amb allò que preveu l'article 45 del Decret 243/1995, de 27 de juny, pel qual s'aprova el Reglament del règim disciplinari de la funció pública de l'Administració de la Generalitat de Catalunya, i en ordre a una adequada objectivació i comprovació dels fets imputats a l'esmentat funcionari, resolc realitzar les següents diligències:

1) Prendre declaració a les següents persones:

   a) Sr. NOMS I COGNOMS el dia XX a las XX hores.
   b) Sr. NOMS I COGNOMS el dia XX a las XX hores.
   c) (…)

2) Incorporar a l'expedient disciplinari obert al Sr. NOMS I COGNOMS la següent documentació:

   a) Decret d'incoació de l'expedient disciplinari així com els corresponents justificants de notificació.
   b) Documentació, informes, suports d'enregistrament d'imatge i so, etc que hagin motivat la incoació de l'expedient disciplinari.

3) Sol·licitar del -INDICAR ELS RESPONSABLES DE LA CORPORACIÓ QUE HAN D'ATENDRE EL REQUERIMENT DE L'INSTRUCTOR- que, en el termini de XX dies, faciliti al secretari/a de l'expedient la següent documentació i/o informació:

   a) S'indicarà la documentació necessària per a l'aclariment dels fets com ara registres del control de presència i horari, suports de gravació d'imatge i so, informes de tècnics, detectius, etc.

4) Sol·licitar del responsable del Departament de Recursos Humans perquè en el termini de XX dies, faciliti al secretari/a de l'expedient la següent documentació i/o informació:

   a) Que informi sobre si en l'actualitat o en l'any immediatament anterior a la incoació del present expedient disciplinari, el Sr. NOMS I COGNOMS, ostenta o ha ostentat la condició de delegat/ada de prevenció, delegat/ada sindical, representant legal del personal funcionari o laboral davant la Corporació, o càrrec electiu a nivell provincial, autonòmic o estatal en les organitzacions sindicals més representatives.

   b) Si el funcionari/a Sr. NOMS I COGNOMS ha estat sancionat/da anteriorment per la comissió de faltes disciplinaries especificant-ne quantes i naturalesa de les mateixes així com les dates d'imposició i compliment de les sancions.

…/…

.../...

Per tot l'exposat i de conformitat amb allò que disposa l'article 45 del Decret 243/1995, de 27 de juny, pel qual s'aprova el Reglament de règim disciplinari de la funció pública de l'Administració de la Generalitat de Catalunya, aquest instructor,

**ACORDA**

**Primer.-** Prendre declaració el dia INDICAR DATA a les persones que s'indiquen a l'apartat 1) de la part expositiva d'aquesta resolució, a les quals se'ls hauran de lliurar les notificacions oportunes i que, en el supòsit del Sr. NOM COGNOMS, haurà d'incloure una menció relativa al dret que l'assisteix a comparèixer a la diligència de declaració assistit d'advocat i també el requeriment que ha de portar els justificants i documents que estimi necessaris per a la seva defensa.

A banda de les consideracions anteriors, tenint en compte que a dia d'avui el Sr. NOM I COGNOMS es troba en situació d'incapacitat temporal, en les citacions que es cursin a aquest funcionari es farà constar expressament que en cas que no pogués assistir a la seva compareixença en el dia i hora fixat amb motiu de la patologia incapacitant que pateix, haurà d'avisar amb antelació d'aquesta incompareixença a la secretària de l'expedient a la qual hauran de facilitar un informe o justificant del seu metge de capçalera que acrediti que la malaltia que pateix li incapacita per assistir a aquesta declaració o, en el seu cas, que no es recomana l'assistència per no perjudicar el procés de recuperació de les seva situació incapacitant. En cas que aquest funcionari no comparegui a la seva compareixença ni aporti l'informe o justificant mèdic a què s'ha fet esment es considerarà que la incompareixença ha estat injustificada i l'instructor adoptarà les decisions oportunes.

Prendre declaració el dia XXX a les persones que s'indiquen a l'apartat 1) de la part expositiva d'aquesta resolució, a les quals se'ls hauran de lliurar les notificacions oportunes fent constar en les que s'adrecin a les persones indicades als apartats 3) al 6) que la seva assistència té caràcter voluntari i que hauran d'aportar INDICAR DOCUMENTACIÓ NECESSÀRIA PER ACLARIR EL FETS.

**Segona.-** Incorporar a l'expedient disciplinari incoat al Sr. NOM I COGNOMS els documents que es relacionen a l'apartat 2) de la part expositiva d'aquesta resolució.

**Tercera.-** Que els INDICAR ELS RESPONSABLES ALS QUALS SE'LS HA DEMANAT DOCUMENTACIÓ lliurin els documents i informes que es detallen als apartats 3) i 4) de la part expositiva d'aquesta resolució els quals s'hauran d'incorporar a l'expedient disciplinari.

LLOC I DATA

SIGNATURA INSTRUCTOR

# DECRET 243/1995

INCOACIÓ

Notificació a l'instructor

**Declaració de l'inculpat i altres diligències**

PLEC DE CÀRRECS

**1 mes**

Notificació a l'interessat

Al·legacions + aportació de documents + proposició de prova

**10 dies**

PRÀCTICA DE DILIGÈNCIES PROBATÒRIES

**15 dies màxim**

Notificació a l'interessat

VISTA DE L'EXPEDIENT

Notificació a l'interessat

Al·legacions + aportació de documents

**10 dies màxim**

**10 dies**

PROPOSTA DE RESOLUCIÓ

Notificació a l'interessat

Al·legacions davant l'instructor

**5 dies**

Remissió de l'expedient a l'òrgan competent per dictar resolució

**8 dies**

Devolució expedient a instructor per a la pràctica de diligències

Vista expedient a interessat

Al·legacions

Remissió expedient òrgan competent per resolució

**5 dies**

RESOLUCIÓ DE L'ÒRGAN COMPETENT

# FASE DE PRACTICA DE DILIGÈNCIES D'INSTRUCCIÓ

## PRIMERES DILIGÈNCIES D'INSTRUCCIÓ: CONTINGUT (art. 45 Decret 243/1995)

- La diligència de l'instructor contindrà una relació de les persones que seran citades a declarar amb indicació del dia i hora de la compareixença

- Declaració de l'inculpat serà una diligència d'instrucció necessària i la seva citació informarà del dret a l'assistència lletrada i que pot aportar els documents que estimi necessaris. També se li pot requerir per aportar algun document concret que l'instructor consideri d'utilitat per a la investigació dels fets

- Altres declaracions: Denunciant i testimonis que hagin emès informes (per ratificar-los), que hagin presenciat o pugin aportar dades rellevants respecte als fets i persones (que no han estat testimonis dels fets) en qualitat d'experts (ex. informàtics)

- En el cas de testimonis externs a la corporació es recomana fer gestió prèvia per informar-los i adaptar-nos a les seves obligacions laborals. La citació informarà de la voluntarietat assistència. Les citacions es cursaran encara que els testimonis externs ens avancin verbalment que no assistiran a la compareixença (s'aixecarà un acta d'incompareixença)

- Les compareixences de l'expedientat i testimonis afins haurien de ser el més simultànies possible per garantir l'objectivitat dels testimonis. Si algú d'ells avisa que no assistirà valorar la possible suspensió de la resta per evitar comunicació de les preguntes

# FASE DE PRACTICA DE DILIGÈNCIES D'INSTRUCCIÓ

## PRIMERES DILIGÈNCIES D'INSTRUCCIÓ: CONTINGUT (art. 45 Decret 243/1995)

- En la fixació dels dies i hores de les compareixences ens adaptarem a les vacances, permisos, horaris i torns de treball de l'expedientat i testimonis (en especial els externs)

- En la primera diligència d'instrucció es farà una relació dels documents en base als quals s'ha decidit incoar l'expedient disciplinari

- La diligència de l'instructor contindrà una relació de la documentació i/o informació que li hagin de subministrar tant el responsable del Departament de Recursos Humans com els tècnics o responsables d'altres àrees municipals. També es podrà sol·licitar informació i/o documentació a altres administracions o organismes (jutjats, altres ajuntaments, Institut de Seguretat Pública de Catalunya, etc.)

- La prova documental inclourà suports d'enregistrament d'imatge i so i altres dispositius informàtics

- A banda de les diligències de prova documental i testifical l'instructor pot acordar qualsevol altra admesa en Dret com la inspecció ocular, pericial o prova d'experts (ex. informàtics, comptables, etc.) acaraments, etc.

- Les primeres diligències d'instrucció NO s'han de notificar a l'expedientat i no són recurribles

# FASE DE PRACTICA DE DILIGÈNCIES D'INSTRUCCIÓ

## CITACIONS A LES COMPAREIXENCES DE L'EXPEDIENTAT I TESTIMONIS (art. 45 Decret 243/1995)

- En la citació a l'expedientat es podrà esmenar la falta de concreció dels fets del decret d'incoació, se li indicarà que pot anar assistit d'advocat i amb els documents que estimi oportuns per a la seva defensa.

- Si ens interessa que inculpat o testimonis aportin alguna determinada documentació li requerirem perquè l'aporti

- En les citacions a expedientat i testimonis -si s'estima necessari- es podrà fer una breu referència a l'assumpte sobre el que versarà la seva declaració

- Lloc de les compareixences: tranquil i reservat.

- Intentar que el clima de la compareixença sigui distès i amable amb inculpat i testimonis

- En la fixació dels dies i hores de les compareixences ajustar-nos a vacances i torns de treball testimonis (en especial els externs)

- Si expedientat o testimonis no compareixen el dia fixat ho farem constar en una diligència d'incompareixença indicant els motius (si es coneixen)

# MODEL D'INCOMPAREIXENÇA DE L'INCULPAT

## A) DILIGÈNCIA D'INCOMPAREIXENÇA DE L'INCULPAT SENSE PREVI AVÍS NI JUSTIFICACIÓ

**DILIGÈNCIA** per fer constar que des de les XX hores fins les YY hores del dia XXX, essent a les dependències de l'Ajuntament de XXX, situades al carrer ADREÇA d'aquest municipi, NO ha comparegut l'inculpat Sr. NOM I COGNOMS DE L'INCULPAT que havia estat citat a declarar d'acord amb la resolució dictada en data XXX, sense haver-se rebut cap justificació ni avís previ de la seva incompareixença.

L'instructor acorda seguir amb la tramitació d'aquest expedient, sense perjudici de tornar a citar al Sr. NOM I COGNOMS DE L'INCULPAT, si escau, en el període de prova.

SIGNATURA DE L'INSTRUCTOR I EL SECRETARI

## B) DILIGÈNCIA D'INCOMPAREIXENÇA DE L'INCULPAT AMB PREVI AVÍS I/O JUSTIFICACIÓ

**DILIGÈNCIA** per fer constar que essent les XX hores del dia DATA, a les dependències de l'Ajuntament de XXX situades al carrer ADREÇA d'aquest municipi, el Sr. NOM I COGNOMS DE L'INCULPAT NO ha assistit a la compareixença que tenia fixada a l'hora abans indicada però el mateix interessat en data XX havia enviat un correu electrònic a l'instructor o el secretari en què li comunicava que per consell mèdic havia de fer repòs i, per tant, no podia comparèixer als efectes prestar declaració en el dia d'avui en què havia estat citat a declarar d'acord amb la resolució dictada en data XX per l'instructor de l'expedient.

L'instructor acorda seguir amb la tramitació d'aquest expedient sense perjudici de tornar a citar al Sr. NOM I COGNOMS DE L'INCULPAT.

SIGNATURA DE L'INSTRUCTOR I EL SECRETARI

# FASE DE PRACTICA DE DILIGÈNCIES D'INSTRUCCIÓ

## PRIMERES DILIGÈNCIES D'INSTRUCCIÓ: CONTINGUT (art. 45 Decret 243/1995)

Les primeres diligències d'instrucció NO s'han de notificar a l'expedientat i no són recurribles

La falta de presència de l'advocat de l'expedientat en les declaracions d'altres testimonis en la fase prèvia a formular plec de càrrecs NO és causa de nul·litat ni produeix indefensió

(STC 14/1999, TS 15.6.1984 i 30.6.2011, TSJ Catalunya 6.4.2016 i TSJ Comunitat Valenciana 13.9.2006)

# FASE DE PRACTICA DE DILIGÈNCIES D'INSTRUCCIÓ

## INCIDÈNCIES EN LA DECLARACIÓ DE L'EXPEDIENTAT O ELS TESTIMONIS (art. 45 Decret 243/1995)

Possibles actuacions si l'expedientat se situa en IT després que se li notifiqui el decret d'incoació i no es segur que assisteixi a la compareixença de la declaració fixada per l'instructor:

1) Anul·lar les declaracions de l'expedientat i els testimonis afins i fer-les en dates posteriors (només si el temps estimat IT es curt)

2) Anul·lar la compareixença de l'inculpat (que es fixarà per a un altre dia) i mantenir les de la resta dels testimonis (excepte en aquells casos que tinguem la sospita que podrien traslladar a l'inculpat el contingut del seu interrogatori)

   Si les declaracions dels testimonis fossin concloents respecte a la responsabilitat de l'imputat es podrà formular el plec de càrrecs i prendre declaració a l'expedientat (fins i tot d'ofici si no ens la sol·licita el propi interessat) en la fase probatòria

3) Acordar que l'inculpat presti declaració **per escrit** i mantenir la resta de compareixences dels testimonis

# FASE DE PRACTICA DE DILIGÈNCIES D'INSTRUCCIÓ

## DILIGENCIA D'INTERROGATORI A L'EXPEDIENTAT I ELS TESTIMONIS (art. 45 Decret 243/1995)

- La mecànica de la pràctica de les declaracions dependrà de cada instructor (la norma no marca com fer-ho)
- La realitza l'instructor assistit pel secretari. Presència indelegable de l'instructor
- Caràcter previ: s'informarà al declarant breument del fets que han originat l'obertura de l'expedient
- Precisions prèvies: manca de lliurament d'informació requerida per l'instructor a les primeres diligències, fets nous (p. ex. obertura o novetats en el procediment judicial penal)
- Les preguntes es formularan en positiu i de forma objectiva (que no indueixin a error). Podran ser preguntes obertes o concretes
- L'instructor farà un resum de les respostes i les dictarà al secretari que les passarà a l'acta. El declarant podrà fer correccions o matisacions en aquell moment
- Les respostes també s'han de transcriure en termes clars que no donin lloc a confusió sobre el seu sentit i hauran de ser coincidents amb les manifestacions dels declarants

# FASE DE PRACTICA DE DILIGÈNCIES D'INSTRUCCIÓ

## DILIGENCIA D'INTERROGATORI A L'EXPEDIENTAT I ELS TESTIMONIS (art. 45 Decret 243/1995)

- Caldrà estar molt atents durant totes les declaracions perquè ens interessa buscar la veritat però també les falsedats i les contradiccions de l'expedientat i els testimonis

- Importància de la **IMMEDIACIÓ** per detectar i valorar els silencis, les vacil·lacions, el llenguatge no verbal, les negatives a contestar i la forma en què es contesten les preguntes (amb seguretat, evasives, etc.). Sentència JCA 9 Barcelona 9.4.2014 confirmada per sentència TSJ Catalunya 2.7.2015)

- L'expedientat no està obligat a dir la veritat i té el dret a no contestar les preguntes que li faci l'instructor i a no declarar contra sí mateix (STC 45/1997)

- L'instructor té la càrrega de la prova sobre els fets constitutius de la infracció disciplinaria de l'expedientat (aplicació dels principis de presumpció d'innocència i principi in dubio pro reo)

- Les declaracions de l'inculpat tenen un valor relatiu respecte a la realitat dels fets però s'han de tenir en compte per obrir línies d'investigació, fins i tot d'ofici

# FASE DE PRACTICA DE DILIGÈNCIES D'INSTRUCCIÓ

## DILIGENCIA D'INTERROGATORI A L'EXPEDIENTAT I ELS TESTIMONIS (art. 45 Decret 243/1995)

- Caldrà valorar amb cautela les declaracions de testimonis

Afins ⟷ Hostils  Directes ⟷ De referència

- Presència en les compareixences de l'advocat de l'expedientat i/o representants legals o sindicals i delimitació del seu àmbit d'actuació: no podran apuntar les respostes al declarant

  Si no compleixen aquesta regla l'instructor els cridarà a l'ordre i, si persisteixen, se'ls convidarà a abandonar la sala de la compareixença deixant constància a l'acta d'aquest incident

  Al final de la compareixença podran fer les preguntes i/o observacions que l'instructor admeti

- En cas que sigui necessari, la primera pregunta al declarant servirà per clarificar el càrrec o lloc de treball del declarant dins de la corporació i des de quan presta serveis (quan aquesta circumstancia sigui rellevant)

# FASE DE PRACTICA DE DILIGÈNCIES D'INSTRUCCIÓ

## DILIGENCIA D'INTERROGATORI A L'EXPEDIENTAT I ELS TESTIMONIS (art. 45 Decret 243/1995)

- En primer lloc s'exhibiran als declarants la denúncia, informes, documents i enregistraments d'imatge i so per reconeixement i, si s'escau, ratificació per l'expedientat i els testimonis

- Al ratificar-se en el seu contingut també podran fer aclariments o matisacions de les manifestacions contingudes en els documents exhibits sempre que no suposin una modificació substancial al seu sentit. Quan es produeixin aquestes modificacions rellevants se li preguntarà al declarant pels motius d'aquesta variació

- Cautela amb els canvis de versions posteriors dels expedientat (amb caràcter general es donarà més credibilitat a les primeres declaracions)

- Si declarant afirma posseir algun document rellevant, en la mateixa compareixença se li requerirà perquè l'aporti en un termini determinat. Tot això constarà a l'acta

- Si en la declaració es fa referència a algun document important per determinar el fets i que no estigui en possessió del declarant, en aquell mateix moment l'instructor pot acordar en la mateixa acta que es requereixi la seva aportació a la persona corresponent

# FASE DE PRACTICA DE DILIGÈNCIES D'INSTRUCCIÓ

## DILIGENCIA D'INTERROGATORI A L'EXPEDIENTAT I ELS TESTIMONIS (art. 45 Decret 243/1995)

- Si en la declaració es posa de manifest la identitat d'alguna altra persona que va ser testimoni dels fets o que pot donar raó dels mateixos, es podrien ampliar en aquell mateix acte les diligències d'instrucció i citar-lo (fins i tot telefònicament) per prestar declaració aquell mateix dia si fos possible

- Si l'expedientat és de difícil notificació es pot aprofitar la seva declaració o presència en altres testificals per citar-lo per algun altre acte, requerir-lo per lliurar documentació, etc.

# FASE DE PRACTICA DE DILIGÈNCIES D'INSTRUCCIÓ

## DILIGENCIA D'INTERROGATORI A L'EXPEDIENTAT I ELS TESTIMONIS (art. 45 Decret 243/1995)

- Per finalitzar l'interrogatori de l'expedientat l'instructor caldrà fer necessàriament 2 preguntes:

1) **Si als efectes del tràmit d'audiència previst art. 10.3 LOLS, té algun inconvenient en manifestar (dada personal sensible) si està afiliat a algun sindicat ?**

a) Si respon que NO o no vol contestar no haurem de donar audiència a delegats LOLS

b) Si contesta que SÍ amb indicació del sindicat: Un cop verificat amb RH que el sindicat al que pertany té secció sindical legalment constituïda a l'entitat local, caldrà donar audiència als delegats LOLS (a tots)

2) En cas de resposta afirmativa caldrà fer una segona pregunta: **¿Autoritza expressament que es lliuri còpia de l'expedient als representats legals / sindicals perquè puguin formalitzar el tràmit d'audiència?**

En cas que hagi més d'un expedientat aquestes dues preguntes se'ls faran a tots i en funció de les seves respostes es facilitaran còpies de l'expedient, en el moment oportú, a totes les representacions legals i/o sindicals, només a alguna o a cap d'elles

# FASE DE PRACTICA DE DILIGÈNCIES D'INSTRUCCIÓ

## DILIGENCIA D'INTERROGATORI A L'EXPEDIENTAT I ELS TESTIMONIS (art. 45 Decret 243/1995)

- Un cop finalitzat l'interrogatori, l'instructor preguntarà a l'advocat (**representants legals i/o sindicals**) de l'expedientat si desitja fer alguna pregunta.

- Si accedeix, l'advocat anirà formulant les preguntes que consideri oportunes i el declarant no podrà començar a respondre-les fins que l'instructor les hagi admès

- Si l'instructor considera que la pregunta de l'advocat és improcedent la inadmetrà donant si s'escau l'opció de reformular-la en termes que l'instructor consideri correctes

- Si l'advocat insisteix en que consti en acta la pregunta literalment inadmesa, es faran constar: els termes de la pregunta + els motius de l'instructor per no haver-la admès + la protesta o els motius que l'advocat al·legui perquè la seva pregunta hauria d'haver-se admès. La decisió de l'instructor d'inadmetre alguna pregunta NO es pot recórrer en via administrativa

- Si finalitzat interrogatori d'advocat sorgeixen qüestions noves, l'instructor reprendria el seu interrogatori al final del qual tornaria a convidar l'advocat per si vol repreguntar sobre alguns dels temes sorgits d'aquest segon interrogatori de l'instructor

# FASE DE PRACTICA DE DILIGÈNCIES D'INSTRUCCIÓ

## DILIGENCIA D'INTERROGATORI A L'EXPEDIENTAT I ELS TESTIMONIS (art. 45 Decret 243/1995)

- Al final se li concedeix l'última paraula al declarant (expedientat i testimonis) i si aportés alguna documentació s'acordaria la seva incorporació a l'expedient

- En acabar es faria una impressió de l'acta per llegir-la i fer les últimes correccions (s'emetran aclariments o matisacions que pugui fer el declarant però NO les correccions que fossin contràries a la declaració original). En cas de controvèrsia o desacord consignar en el acta les correccions que volia fer el declarant els motius de l'instructor per no admetre-les

- Se signarà l'acta per tots els presents (en totes o només en l'última pàgina)

- Copies de l'acta de declaració.

  - Amb caràcter general es facilitarà còpia de la seva declaració a tots els declarants que ho sol·licitin

  - **Excepció**: No es facilitaran les còpies en aquell moment si l'instructor així ho acorda per evitar comunicació entre testimonis i posades en comú de versions

# FASE DE PRACTICA DE DILIGÈNCIES D'INSTRUCCIÓ

## DILIGENCIA D'INTERROGATORI A L'EXPEDIENTAT I ELS TESTIMONIS (art. 45 Decret 243/1995)

### SUPÒSITS EN QUÈ LA INFRACCIÓ DISCIPLINÀRIA ESTÀ VINCULADA AMB UNA SITUACIÓ D'IT

- S'han de tractar amb molta cautela: dret a la intimitat i confidencialitat del diagnòstic, l'instructor no és metge, importància de la patologia incapacitant, protecció dades, etc.

- Normalment ens trobarem amb reticències dels metges per col·laborar (secret professional)

- Mitjans per conèixer la causa de la IT:

- Es pot preguntar directament a l'expedientat sobre la causa de la IT de forma respectuosa i deixant clar que la pregunta no es d'obligada resposta (dret intimitat)

- També es por conèixer per altres mitjans: pròpies manifestacions de l'interessat a terceres persones, escrits i documents, testimonis, etc.

- Se li pot preguntar a l'expedientat si autoritza a l'instructor a recaptar del seu metge la informació mèdica estrictament necessària per determinar els fets

# FASE DE PRACTICA DE DILIGÈNCIES D'INSTRUCCIÓ

## DILIGENCIA D'INTERROGATORI A L'EXPEDIENTAT I ELS TESTIMONIS (art. 45 Decret 243/1995)

### SUPÒSITS EN QUÈ LA INFRACCIÓ DISCIPLINÀRIA ESTÀ VINCULADA AMB UNA SITUACIÓ D'IT

I. Si l'expedientat **respon afirmativament** a les anteriors qüestions i atorga la seva autorització es facilitarà molt l'interrogatori de l'instructor als metges

- En el cas que l'interessat hagi autoritzar al seu metge perquè ens faciliti la informació mèdica del seu pacient a la mateixa citació ja li podrem adjuntar còpia només de l'apartat de la seva declaració en la qual realitza aquesta autorització que li allibera del seu secret professional

  El dia de la seva compareixença li tornarem a informar i si s'escau li exhibirem el document original per vèncer qualsevol reticència

- L'instructor farà una gestió prèvia amb els metges per explicar-los la situació i consensuar el dia i hora de la seva declaració. En comptes de compareixença se'ls podrà sol·licitar informació mèdica a través d'un informe que doni resposta a les qüestions que li plantegi l'instructor

# FASE DE PRACTICA DE DILIGÈNCIES D'INSTRUCCIÓ

## DILIGENCIA D'INTERROGATORI A L'EXPEDIENTAT I ELS TESTIMONIS (art. 45 Decret 243/1995)

### SUPÒSITS EN QUÈ LA INFRACCIÓ DISCIPLINÀRIA ESTÀ VINCULADA AMB UNA SITUACIÓ D'IT

- Reticències dels metges a venir a declarar (secret professional). Formes d'aconseguir que col·laborin amb la instrucció de l'expedient (art. 45.4 Decret 243/1995)

  "*Tots els òrgans i unitats de l'Administració tenen l'obligació de facilitar a l'instructor els antecedents, els informes i els mitjans personals i materials que siguin necessaris per a desenvolupar eficaçment les seves actuacions*".

- Si els metges ja ens informen que no van venir a les compareixences i/o fer l'informe sol·licitat o també si finalment desatenen els requeriments de l'instructor es recomana intentar desbloquejar el tema a través del serveis jurídics de la institució a la qual pertany l'àrea de salut on prestin serveis els metges

INFORMES MÈDICS: Es pot requerir a l'expedientat perquè el sol·liciti i ens ho aporti

- Gestió prèvia amb el Departament d'Assessoria Jurídica del qual depenguin per cercar la seva col·laboració com AP i per tramitar a través d'ells les citacions o l'emissió d'informes

# MODEL SOL·LICUTD DE COL·LABORACIÓ METGES



**SERVEIS JURÍDICS DE LA FUNDACIÓ .....**
**Adreça**

**Assumpte: Sol·licitud d'informe al Dr. NOM I COGNOM, facultatiu del Centre de Salut Mental de LOCALITAT en relació a l'expedient disciplinari tramitat a un dels seus pacients funcionari de carrera de l'Ajuntament de .....**

Benvolgut senyor,

M'adreço a vostè en qualitat d'instructor de l'expedient disciplinari que, mitjançant Decret de l'Alcaldia de ... de data ..., es va acordar incoar a un funcionari d'aquesta Corporació que és pacient del Dr. NOM I COGNOM, especialista en psiquiatria i està tractant a l'esmentat funcionari, que es troba actualment en situació d'incapacitat temporal, en el Centre de Salut mental de la localitat de XXX.

El funcionari expedientat, per dues vegades que s'acrediten en la documentació que s'acompanya, ha autoritzat expressament a la seva metgessa de capçalera, la Dra. NOM I COGNOM i al metge especialista que el tracta, el Dr. NOM I COGNOM, a facilitar a aquest instructor la informació necessària sobre el diagnòstic i tractament de la malaltia per la qual el funcionari de l'Ajuntament de ... es troba actualment en situació d'incapacitat temporal.

A aquesta comunicació s'acompanyen les qüestions que són objecte de l'informe que ha d'emetre el Dr. XXXX així com la documentació adjunta a que abans s'ha fet esment.

Per tot l'anteriorment exposat, a la vista de la **autorització expressa** de l'interessat perquè el Dr. NOM I COGNOM, metge especialista del Centre de Salut Mental de LOCALITAT, pugui facilitar a aquest instructor la informació abans indicada i en virtut de **l'obligació de col·laboració** amb l'instructor de l'expedient disciplinari que es preveu a l'article 45.4 del Decret 243/1995, de 27 de juny, pel qual s'aprova el Reglament de règim disciplinari de la funció pública de l'Administració de la Generalitat de Catalunya, mitjançant aquest escrit li sol·licito formalment que s'ocupi de tramitar la petició de l'informe que ha d'emetre el metge del Centre de Salut Mental de LOCALITAT que gestiona la seva fundació, el Dr. NOM I COGNOM, per tal que en el **termini màxim de 5 dies** emeti i us lliuri l'informe sol·licitat i que l'original ens ho envieu a l'atenció de la Secretària de l'expedient disciplinari, la Sra. NOM I COGNOM a la següent adreça:

AJUNTAMENT DE .....
Adreça

... / ...

… / …

Atès que el Decret 243/1995 regula un termini màxim de 15 dies per a la pràctica de tota la prova acordada per aquest instructor (i que m'he vist en l'obligació de prorrogar per altres 15 dies per poder complimentar, entra altres, aquesta prova testifical documentada, us agrairíem que quan el Dr. NOM I COGNOM els lliuri el seu informe m'ho avanci per fax (93-000) o per correu electrònic (**aaaa@bbb.cat**) perquè a la vista de les seves respostes, i per tal de contrastar el seu resultat, hauré de fixar –dins del període abans esmentat- la data de la compareixença d'una altra metgessa de l'empresa contractada per al control de l'absentisme de la Corporació.

Fora bo que des dels Serveis Jurídics de la Fundació Pere Mata s'informés adequadament al Dr. NOM I COGNOM del seu deure de col·laboració legalment previst així com de que l'autorització expressa i documentada del propi pacient l'eximeix de qualsevol responsabilitat derivada del seu deure de reserva professional.

Agraint per endavant la vostra col·laboració restem a l'espera de rebre en l'adreça abans indicada l'informe degudament complimentat del Dr. NOM I COGNOM donant resposta a les qüestions plantejades per l'instructor que subscriu.

Rebi una cordial salutació,

LLOC, DATA i SIGNATURA DE L'INSTRUCTOR

# FASE DE PRACTICA DE DILIGÈNCIES D'INSTRUCCIÓ

## DILIGENCIA D'INTERROGATORI A L'EXPEDIENTAT I ELS TESTIMONIS (art. 45 Decret 243/1995)

### SUPÒSITS EN QUÈ LA INFRACCIÓ DISCIPLINÀRIA ESTÀ VINCULADA AMB UNA SITUACIÓ D'IT

II. En el cas que **l'expedientat NO faciliti el diagnòstic ni autoritzi** l'instructor a recaptar dels metges la informació mèdica estrictament necessària per aclarir els fets haurem d'obtenir la prova de càrrec a través de:

1) Tècniques indirectes d'interrogatori al metge perquè, sense demanar-li que ens faciliti el diagnòstic, ens pugui acreditar si l'activitat realitzada per l'expedientat impedeix o dificulta la seva curació o bé està indicada com a tractament, mitjans a través dels quals va arribar a determinar el diagnòstic, si determinades postures o activitats són compatibles con una determinada patologia, etc.

2) Altres proves documentals i testificals que acreditin que l'interessat va verbalitzar quina era la patologia per la qual estava d'IT o la realització d'activitats incompatibles amb la malaltia

# MODEL COMPAREIXENÇA DE L'INCULPAT

Essent les XX hores del dia DATA, a les dependències de l'Ajuntament de XXX, situat a ADREÇA d'aquest municipi, compareix, en qualitat d'inculpat, el Sr. NOMS I COGNOMS DE L'INCULPAT, amb DNI 000 / agent de la policia local amb número professional 000 davant l'instructor i el secretari nomenats en el decret d'incoació de l'expedient disciplinari de data INDICAR DATA DEL DECRET.

El Sr. NOM DE L'INCULPAT assisteix a la compareixença acompanyat del
- lletrat NOM LLETRAT del sindicat NOM SINDICAT.
- Sr. NOM I COGNOMS, delegat de personal / sindical pel sindicat XX

L'instructor en primer lloc informa al Sr. NOM DE L'INCULPAT de l'objecte d'aquesta compareixença, bàsicament la identificació i comprovació dels fets, i seguidament li formula les següents preguntes:

En aquest moment se li exhibeix INDICAR DOCUMENT EXHIBIT perquè reconegui la signatura del mateix com a pròpia i manifesti si es ratifica en el seu contingut i el declarant manifesta que .....és la seva firma, alhora que es ratifica en el contingut de l'escrit.

1) Preguntat perquè expliqui quina és la seva versió dels fets que van passar el dia XX, el declarant contesta que ..... INDICAR RESPOSTA

2) És cert que INDICAR LA QÜESTIÓ CONCRETA SOBRE LA QUE HA DE CONTESTAR?

3) En quines dates / ocasions, etc. .....?

4) Què li va dir exactament a XX?

5) Preguntat si, als efectes del tràmit d'audiència previst a l'art. 10.3 de la LOLS, té inconvenient en manifestar si està afiliat a algun sindicat que tingui una secció sindical legalment constituïda a l'ajuntament de XX, el declarant contesta que .....

6) Només en cas afirmatiu a la pregunta anterior: Autoritza vostè expressament a què es lliuri còpia de l'expedient als representants legals i/o sindicals per tal que puguin formalitzar el tràmit d'audiència? el declarant manifesta que ho autoritza / no ho autoritza, etc.

A continuació, el Sr. NOM DEL LLETRAT / REPRESENTANT LEGAL O SINDICAL li formula al declarant les següents preguntes:

1)

A la pregunta de si vol manifestar alguna cosa més, el declarant manifesta que- no vol afegir-hi res / vol manifestar el següent

SIGNATURES DE L'INSTRUCTOR + SECRETARI + DECLARANT + LLETRAT + DELEGAT DE PERSONAL O SINDICAL

# FASE DE PRACTICA DE DILIGÈNCIES D'INSTRUCCIÓ

## PRÀCTICA D'ALTRES DILIGÈNCIES D'INSTRUCCIÓ (art. 45 Decret 243/1995)

L'instructor podrà acordar la pràctica de qualsevol diligència de prova que estimi necessària per a la correcta resolució del procediment com p. ex. testifical, documental, pericial, inspecció ocular, acarament, etc.

### DOCUMENTAL: incorporar formalment a l'expedient de tota la documentació de què disposem

- En primer lloc s'acordarà la incorporació a l'expedient del decret d'incoació i els justificants de la seva notificació

- Incorporació formal de la resta de documentació i peces de convicció que aportin indicis de la responsabilitat de l'expedientat: denuncia, informes de comandaments, dels detectius, DVD o suports d'imatge i so, etc.

- A partir de la seva incorporació formal, aquests documents podran ser exhibits en les compareixences tant de l'expedientat com dels testimonis als efectes de:

  a) Ratificació
  b) Reconeixement de signatures, imatges i so
  c) Aclarir qualsevol qüestió que figuri en aquesta documentació

# FASE DE PRACTICA DE DILIGÈNCIES D'INSTRUCCIÓ

## PRÀCTICA D'ALTRES DILIGÈNCIES D'INSTRUCCIÓ (art. 45 Decret 243/1995)

### DOCUMENTAL: Sol·licitar documentació i/o informació al responsable de RH (o secretari)

**Documentació i/o informació que se sol·licitarà al responsable de RH:**

1) Si en l'actualitat o en l'any immediatament anterior a la incoació de l'expedient disciplinari, l'expedientat ostenta o ha ostentat la condició de delegat sindical o de prevenció, representant legal del personal laboral/funcionari davant la Corporació, o càrrec electiu a nivell provincial, autonòmic o estatal en les organitzacions sindicals més representatives → **tràmits d'audiència addicionals**

2) Si l'expedientat ha estat sancionat anteriorment per la comissió de faltes disciplinàries, especificant quantes, la naturalesa de les mateixes i les dates del seu compliment definitiu → **apreciació de la reincidència**

.../...

En tots els casos se li demanarà al responsable del departament de Recursos Humans que informi sobre les qüestions indicades als apartats 1) i 2).

# FASE DE PRACTICA DE DILIGÈNCIES D'INSTRUCCIÓ

## PRÀCTICA D'ALTRES DILIGÈNCIES D'INSTRUCCIÓ (art. 45 Decret 243/1995)

### DOCUMENTAL: Sol·licitar documentació i/o informació al responsable de RH (o secretari)

.../...

3) Si hi ha alguna secció sindical legalment constituïda a l'ajuntament. Tot això sense perjudici de preguntar directament a l'expedientat sobre aquesta circumstància a la seva compareixença (quan tinguem indicis que l'expedientat està afiliat a algun sindicat) → **tràmit d'audiència addicional**

4) Qualsevol altra informació o documentació que, en funció dels fets investigats, hagi de facilitar-se des del departament de Recursos Humans i que pugui ser rellevant per a la resolució de l'expedient disciplinari (p. ex. marcatges, dates IT, etc.)

La reincidència només es pot apreciar si l'expedientat torna a ser sancionat abans que hagi transcorregut el termini de prescripció de la falta a comptar des de la data del compliment total d'una sanció imposada al funcionari

# FASE DE PRACTICA DE DILIGÈNCIES D'INSTRUCCIÓ

## PRÀCTICA D'ALTRES DILIGÈNCIES D'INSTRUCCIÓ (art. 45 Decret 243/1995)

DOCUMENTAL: Sol·licitar documentació i/o informació dels responsables d'altres àrees de l'ajuntament (diferents de RH) o Administracions

**Responsables d'altres àrees de la mateixa entitat local:**

- El secretari de l'expedient farà els requeriments formals a les persones que hagin d'aportar aquest tipus de documentació (així com la contemplada a l'apartat precedent) o emetre els informes els quals s'aniran incorporant a l'expedient segons es vagin facilitant

**Responsables d'altres àrees de diferent entitat local:**

- També es pot sol·licitar la col·laboració de determinats organismes o institucions perquè ens aportin informació i/o criteris objectius necessaris per determinar els fets sobre temes molt concrets en què l'instructor no és especialista (Escola de Policia, Direcció General de l'Administració Local, col·legi professional, etc.)

- Es recomana que els contactes previs i els requeriments posteriors els faci personalment l'instructor identificant-se com a persona responsable de la tramitació del procediment amb invocació, si fos necessari, de l'article 45.4 del Decret 243/1995 segons el qual els seus destinataris estaran obligats a col·laborar amb l'instructor

# FASE DE PRACTICA DE DILIGÈNCIES D'INSTRUCCIÓ

## PRÀCTICA D'ALTRES DILIGÈNCIES D'INSTRUCCIÓ (art. 45 Decret 243/1995)

DOCUMENTAL: Sol·licitar documentació i/o informació a persones o entitats alienes a l'Administració

- Es recomana que els contactes previs i els requeriments posteriors els faci personalment l'instructor, identificant-se com a tal i explicant el motiu del requeriment

- Ens ajustarem a les seves necessitats laborals i se'ls donarà un tracte preferencial a l'hora de fixar el dia i l'hora de la seva compareixença

- A aquestes persones se les requerirà perquè col·laborin en la instrucció de l'expedient. No obstant això, aquesta col·laboració dependrà de la seva voluntària predisposició al no estar obligats a atendre els nostres requeriments

- En els requeriments que es cursin s'informarà a aquestes persones que la seva col·laboració amb l'instructor tindrà caràcter voluntari però que s'agrairà la seva col·laboració a atendre el nostre requeriment

# FASE DE PRACTICA DE DILIGÈNCIES D'INSTRUCCIÓ

## PRÀCTICA D'ALTRES DILIGÈNCIES D'INSTRUCCIÓ (art. 45 Decret 243/1995)

DOCUMENTAL: Sol·licitar documentació i/o informació dels responsables d'altres àrees de l'ajuntament (diferents de RH) o Administracions

Cas especial: documentació mèdica

- Es recomana que instructor contacti prèviament amb els responsables del Departament d'Assessoria Jurídica d'aquests organismes públics perquè ens facilitin la gestió "des de dins" d'emissió d'informes, etc.

- A més si l'inculpat ha autoritzat expressament als seus metges per facilitar-nos aquesta informació la col·laboració està gairebé assegurada

- En el cas de tenir autorització expressa de l'interessat, amb la petició adjuntarem la part de l'interrogatori en què l'interessat hagués autoritzar expressament que aquesta informació i/o documentació es lliuri a l'instructor

# FASE DE PRACTICA DE DILIGÈNCIES D'INSTRUCCIÓ

## PRÀCTICA D'ALTRES DILIGÈNCIES D'INSTRUCCIÓ (art. 45 Decret 243/1995)

### ALTRES DILIGÈNCIES QUE ES PODEN ACORDAR

**L'instructor podrà acordar la pràctica de qualsevol diligència de prova que estimi necessària per a la correcta resolució del procediment com p. ex. testifical, documental, pericial, inspecció ocular, acarament, etc.**

### INSPECCIÓ OCULAR

- Si s'acorda la inspecció ocular se li notificarà a l'inculpat el lloc, dia i hora on es realitzarà la pràctica d'aquesta diligència per si desitja estar present en la mateixa, excepte que l'instructor hagi acordat l'obligatorietat de la seva presència (p. ex. per fer una reconstrucció dels fets, obrir els fitxers dels seu ordinador, etc.)

- De la diligència d'inspecció ocular s'estendrà l'acta corresponent que se signarà per totes les persones intervinents i a la qual es poden incorporar fotografies

### PERICIAL

Prova pericial o de persones que aporten coneixements tècnics en determinada matèria (arquitectes, enginyers, informàtics, anàlisi empremtes dactilars, cal·ligràfica, etc.).

# FASE DE PRACTICA DE DILIGÈNCIES D'INSTRUCCIÓ

## PRÀCTICA D'ALTRES DILIGÈNCIES D'INSTRUCCIÓ (art. 45 Decret 243/1995)

### ACARAMENT

- Diligència d'acarament. Es pot acordar davant de testimonis contradictoris per tal de posar en evidència les contradiccions i poder valorar quina versió dels fets és la més versemblant.

- Por resultar útil a l'instructor a l'hora de fer un interrogatori mes dinàmic i interactiu per poder concretar i aclarir contradiccions entre les versions de dos declarants

- Principi d'eficiència: permet abordar en una única sessió d'interrogatori tots els aspectes dubtosos o controvertits sense necessitat d'anar fent citacions i compareixences en dies diferents

- Hauria de ser un interrogatori ordenat i moderat per l'instructor atorgant la paraula als declarants alternativament en funció de les preguntes o aspectes a aclarir

- Es recomana no fer l'acarament amb més de dos declarants alhora

Possibilitat que l'instructor i secretari es desplacin a un altre lloc fora de l'ajuntament per practicar declaracions (testimonis externs, empleats de baixa per mobbing, etc.) o proves de reconeixement oculars, etc.

# DECRET 243/1995

INCOACIÓ

Notificació a l'instructor

Declaració de l'inculpat i altres diligències

PLEC DE CÀRRECS

**1 mes**

Notificació a l'interessat

Al·legacions + aportació de documents + proposició de prova

**10 dies**

PRÀCTICA DE DILIGÈNCIES PROBATÒRIES

Notificació a l'interessat

VISTA DE L'EXPEDIENT

**15 dies màxim**

Notificació a l'interessat

Al·legacions + aportació de documents

**10 dies màxim**

**10 dies**

PROPOSTA DE RESOLUCIÓ

Notificació a l'interessat

Al·legacions davant l'instructor

**5 dies**

Remissió de l'expedient a l'òrgan competent per dictar resolució

**8 dies**

Devolució expedient a instructor per a la pràctica de diligències

RESOLUCIÓ DE L'ÒRGAN COMPETENT

Vista expedient a interessat

Al·legacions

**5 dies**

Remissió expedient òrgan competent per resolució

# FASE DE FORMULACIÓ DEL PLEC DE CÀRRECS

## PLEC DE CÀRRECS (arts. 45 i 46 Decret 243/1995)

A partir del resultat de les diligències practicades i en el termini màxim d'UN MES des de la data de notificació de la incoació de l'expedient a l'instructor, aquest haurà de

1) Proposar l'ARXIU d'actuacions
2) Proposar el SOBRESEÏMENT
3) Formular el PLEC DE CÀRRECS

- L'arxiu d'actuacions i sobreseïment suposa la finalització del procediment i l'alçament de les mesures provisionals que s'haguessin acordat. Pot resultar útil introduir consideracions en la part expositiva d'aquestes resolucions

- El termini màxim d'un mes es prorrogable per un altre mes mitjançant resolució motivada de l'instructor (termini impropi que si s'excedeix no afecta la validesa de la sanció: TS 17.3.1995 i TSJ Extremadura 14.4.1998)

- En la pràctica s'està superant el termini de 2 mesos quan existeixin causes justificades, (dificultats per notificar a l'inculpat, inassistències d'inculpat i/o testimonis a les compareixences, etc.) sense que això suposi un defecte invalidant que comporti la nul·litat de l'expedient (TS 17.3.1995 i TSJ Extremadura 14.4.1998)

# FASE DE FORMULACIÓ DEL PLEC DE CÀRRECS

## CONTINGUT DEL PLEC DE CÀRRECS (art.46 Decret 243/1995)

1) El plec de càrrecs ha de contenir en paràgrafs numerats i separats els **FETS** que s'imputin, amb expressió dels deures i obligacions presumptament vulnerats, la normativa infringida i, si escau, de la **FALTA** presumptament comesa (tipificació de la falta en relació a la conducta del funcionari) i de les **SANCIONS** que poguessin correspondre

2) En el cas que s'hagin decretat mesures cautelars, l'instructor haurà de pronunciar-se expressament sobre el manteniment o l'aixecament de les mateixes. En el cas que no s'hagin acordat podria proposar la seva adopció a l'òrgan competent.

Contra el plec de càrrecs no es pot interposar recurs encara que l'instructor proposi l'adopció o el manteniment de la mesura cautelar (TS 5.5.1998)

El plec de càrrecs FIXA definitivament els FETS imputats (que no es podran variar a la proposta de resolució). En canvi, tipificació de la conducta infractora i de la sanció a imposar es fixarà a la proposta de resolució

S'admet que pugui haver certa divergència entre els FETS del plec de càrrecs i els del Decret d'incoació (SAN 14.9.1999)

I. Mitjançant Decret d'Alcaldia de data ..., es resolgué incoar expedient disciplinari al funcionari Sr. NOM I COGNOMS, per INDICAR BREUMENT ELS FETS COMESOS SUSCEPTIBLES DE SANCIÓ.

II. S'INDICARÀ UNA BREU RESSENYA D'AQUELLS ASPECTES DEL PROCEDIMENT RELLEVANTS (p ex. pròrroga termini per formular plec de càrrecs, recusacions, suspensions del procediment per causa penal pendent, etc).
En data XXX, l'instructor sotasignat va acordar prorrogar per un altre mes el termini de què disposava per formular el plec de càrrecs contra el funcionari expedientat pels motius que consten a la part expositiva de l'esmentada resolució.

III. De les actuacions fins ara practicades per tal de determinar l'abast dels fets imputats i la responsabilitat que se'n pugui derivar, es desprenen indicis suficients per imputar al Sr. NOMS I COGNOMS els càrrecs següents de conformitat amb l'article 45.5 del Decret 243/1995:

**PRIMER:** ES FARÀ UNA EXPOSICIÓ OBJECTIVA EXCLUSIVAMENT DELS FETS AMB UN CONTINGUT MÍNIM DE TEMPS, LLOC I LA CONDUCTA INFRACTORA

**El dia ... el Sr.** NOMS I COGNOMS **va patir un accident de treball pel qual va estar en situació d'incapacitat temporal des del mateix dia de l'accident (6 d'agost de 2010) fins al 17 de novembre de 2010 en què la Dra.** NOMS I COGNOMS **de la Mútua** NOM MUTUA **li va emetre l'alta mèdica. El motiu de la baixa mèdica van ser les lesions que, a causa de l'accident laboral, el Sr.** NOMS I COGNOMS **va patir en les dues mans i a la zona lumbar de l'esquena (lumbàlgia).**

**El Sr.** NOMS I COGNOMS **practica habitualment un esport anomenat mushing que consisteix en conduir gossos de trineu per neu i per terra i en el període en què es trobava de baixa mèdica va continuar tenint cura dels gossos amb els quals practica mushing així com també va continuar ensinistrant-los cada vespre per a la pràctica de l'esport del mushing per les muntanyes del voltant de la Masia ... situada en el terme municipal de .....**

**Fins i tot en aquest període de baixa mèdica el Sr.** NOMS I COGNOMS **va participar, a nivell de competició, en la 6a edició de la Mushingroad que va tenir lloc els dies 6 i 7 de novembre de 2010 en la localitat de .... Va competir en la categoria de 8 gossos i va classificar-se en un segon lloc.**

**La realització de l'activitat física necessària per a la pràctica de l'esport anomenat mushing, tant a nivell d'entrenament com de competició, dificulta la curació d'una lesió com la lumbàlgia amb la qual aquesta activitat estaria contraindicada i seria totalment incompatible.**

.../...

De confirmar-se aquests fets podrien ser constitutius d'una falta disciplinària de caràcter greu, de la qual seria autor el Sr. NOMS I COGNOMS, consistent en "transcriure la tipificació de la possible falta comesa falta" a l'article .. de INDICAR LA NORMA LEGAL VULNERADA i, tenint en compte els criteris de graduació de les sancions regulats a l'article ... de la norma abans esmentada i la resta de circumstàncies concurrents, podria ser sancionada de conformitat amb l'article ... de la INDICAR LA NORMA LEGAL amb la INDICAR TOTES LES SANCIONS POSSIBLES PER CADA TIPUS D'INFRACCIÓ.

**SEGON: (...)**

De conformitat amb allò que disposa l'article 46.3 del Decret 243/1995 aquest plec de càrrecs, contra el que no es podrà interposar cap recurs per tractar-se d'un acte de tràmit, serà notificat a l'interessat el qual disposarà d'un termini de DEU DIES per presentar les al·legacions i aportar els documents que estimi necessaris en defensa del seu dret així com proposar la pràctica d'aquelles diligències de prova que estimi oportunes.

**OPCIONAL NOMÉS EN EL SUPÒSIT QUE L'EXPEDIENTAT SIGUI REPRESENTAT LEGAL DELS TREBALLADORS/FUNCIONARIS O SI HO HAGUÉS SIGUT DURANT L'ANY ANTERIOR O FOS CANDIDAT I ESTIGUEM EN PERÍODE ELECTORAL (EN AQUESTS DOS ÚLTIMS SUPÒSITS NOMÉS SI HO FA CONSTAR L'INTERESSAT O LI CONSTÉS A L'AJUNTAMENT)**

**SI ÉS FUNCIONARI**

Atès que l'inculpat ostenta la condició de representant del personal funcionari de la Corporació (o si l'expedient s'ha incoat dins de l'any següent al cessament en el càrrec), de conformitat amb allò que disposa l'article 41.1,c) del Reial decret legislatiu 5/2015, de 30 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de l'Estatut Bàsic de l'Empleat Públic, i la Disposició addicional 1a del Decreto 243/1995 l'instructor sotasignat acorda que aquest plec de càrrecs sigui notificat també al President de la Junta de personal / als restants delegats de personal per tal que en el mateix termini de DEU DIES atorgat a l'interessat puguin fer les al·legacions que tinguin per convenients complint d'aquesta manera el tràmit d'audiència disposat a la norma abans esmentada.

**SI ÉS LABORAL**

Atès que l'inculpat ostenta la condició de representant legal del personal laboral de la Corporació (o si l'expedient s'ha incoat dins de l'any següent al cessament en el càrrec) de conformitat amb allò que disposa l'article 68.a) del Reial decret legislatiu 2/2015, de 23 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de l'Estatut dels Treballadors, i la Disposició addicional 1a del Decreto 243/1995, l'instructor sotasignat acorda que aquest plec de càrrecs sigui notificat també a la central sindical NOM DE SINDICAT per tal que en el mateix termini de DEU DIES atorgat a l'interessat puguin fer les al·legacions que tinguin per convenients complint d'aquesta manera el tràmit d'audiència disposat a la norma abans esmentada.

.../...

**OPCIONAL NOMÉS EN EL SUPÒSIT QUE L'EXPEDIENTAT TINGUI LA CONDICIÓ DE DELEGAT SINDICAL O SI HO HAGUÉS SIGUT DURANT L'ANY ANTERIOR A LA INCOACIÓ DE L'EXPEDIENT**

**SI ÉS FUNCIONARI**

Atès que l'inculpat ostenta la condició de delegat sindical pel sindicat NOM SINDICAT (o si l'expedient s'ha incoat dins de l'any següent al cessament en el càrrec), de conformitat amb allò que disposa la Disposició addicional 1a del Decreto 243/1995 l'instructor sotasignat acorda que aquest plec de càrrecs sigui notificat també al President de la Junta de personal / als restants delegats de personal per tal que en el mateix termini de DEU DIES atorgat a l'interessat puguin fer les al·legacions que tinguin per convenients complint d'aquesta manera el tràmit d'audiència disposat a la norma abans esmentada.

**SI ÉS LABORAL**

Atès que l'inculpat ostenta la condició de representant legal del personal laboral de la Corporació (o si l'expedient s'ha incoat dins de l'any següent al cessament en el càrrec) de conformitat amb allò que disposa l'article 68.a) del Reial decret legislatiu 2/2015, de 23 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de l'Estatut dels Treballadors, i la Disposició addicional 1a del Decreto 243/1995, l'instructor sotasignat acorda que aquest plec de càrrecs sigui notificat també al president del Comitè d'empresa / els restants delegats de personal per tal que en el mateix termini de DEU DIES atorgat a l'interessat puguin fer les al·legacions que tinguin per convenients complint d'aquesta manera el tràmit d'audiència disposat a la norma abans esmentada.

**OPCIONAL NOMÉS EN EL SUPÒSIT QUE EXPEDIENTAT ESTIGUES AFILIAT A UN SINDICAT QUE TINGUES DELEGATS SINDICALS (LOLS) A L'AJUNTAMENT I L'INTERESSAT HO FACI CONSTAR O L'AJUNTAMENT JA TINGUES CONSTÀNCIA**

Atès que l'inculpat ostenta la condició d'afiliat al sindicat ....., de conformitat amb allò que disposa l'article 10,3.3. de la Llei orgànica 11/1985, de 2 d'agost, de llibertat sindical, i la Disposició addicional 1a del Decreto 243/1995 l'instructor sotasignat acorda que aquest plec de càrrecs sigui notificat també al delegat sindical del sindicat ..... per tal que en el mateix termini de DEU DIES atorgat a l'interessat puguin fer les al·legacions que tinguin per convenients complint d'aquesta manera el tràmit d'audiència disposat a la norma abans esmentada.

.../...

**OPCIONAL NOMÉS EN EL SUPÒSIT QUE EXPEDIENTAT OSTENTI UN CÀRREC ELECTIU A NIVELL PROVINCIAL, AUTONÒMIC O ESTATAL DE LES ORGANITZACIONS SINDICALS MÉS REPRESENTATIVES I L'INTERESSAT HO FACI CONSTAR O L'AJUNTAMENT JA TINGUES CONSTÀNCIA**

Atès que l'inculpat ostenta la condició de càrrec electiu a nivell provincial, autonòmic o estatal del sindicat NOM DEL SINDICAT que es una de les organitzacions sindicals més representatives a nivell provincial /autonòmic / estatal (o si l'expedient s'ha incoat dins de l'any següent al cessament en el càrrec), de conformitat amb allò que disposa la Disposició addicional 1a del Decret 243/1995 l'instructor sotasignat acorda que aquest plec de càrrecs sigui notificat  també a la central sindical NOM DEL SINDICAT per tal que en el mateix termini de DEU DIES atorgat a l'interessat puguin fer les al·legacions que tinguin per convenients complint d'aquesta manera el tràmit d'audiència disposat a la norma abans esmentada.

SI S'ESTAN APLICANT MESURES CAUTELARS A L'EXPEDIENTAT

Pel que fa a les mesures cautelars acordades al decret d'incoació consistents en .. INDICAR EL TIPUS DE MESURES CAUTELARS ACORDADES.... l'instructor sotasignat proposa que s'alcin / es mantinguin durant XXX temps pels següents motius (INDICAR-LOS)

SI NO S'ESTAN APLICANT PERÒ L'INSTRUCTOR CONSIDERA QUE CALDRIA APLICAR ALGUN TIPUS DE MESURA CAURELAR

De conformitat amb l'article 45.5 del Decret 243/1995, l'instructor sotasignat proposa a l'òrgan competent que acordi aplicar a l'expedientat la mesura cautelar de ...INDICAR EL TIPUS DE MESURES CAUTELARS PROPOSADES...pels següents motius (INDICAR-LOS)

LLOC, DATA I SIGNATURA DE L'INSTRUCTOR

# FASE DE FORMULACIÓ DEL PLEC DE CÀRRECS

## PLEC DE CÀRRECS (arts. 45 i 46 Decret 243/1995)

- Si la conducta punible es pot tipificar en diferents faltes es poden fer qualificacions alternatives

- Pot haver certa divergència entre els fets que es consignen en el plec de càrrecs i els que figuraven en el decret d'incoació de l'expedient disciplinari; no afecta la validesa de l'expedient. Sentència AN 14.9.1999

- Si al fixar els fets punibles l'instructor té molt clar que la seva tipificació només pot ser per falta lleu, en el mateix plec de càrrecs pot acordar el canvi al procediment sumari amb una fórmula similar a aquesta:

> De conformitat amb allò que disposa l'article 33 del Decret 243/1995, i tractant-se de faltes lleus, el procediment disciplinari es continuarà tramitant pel procediment sumari per faltes lleus per la qual cosa aquest plec de càrrecs serà notificat a l'interessat el qual disposarà d'un termini de CINC DIES per presentar les al·legacions i aportar els documents que estimi necessaris en defensa del seu dret així com proposar la pràctica d'aquelles diligències de prova que estimi oportunes

# FASE DE FORMULACIÓ DEL PLEC DE CÀRRECS

## PLEC DE CÀRRECS (arts. 45 i 46 Decret 243/1995)

### NOTIFICACIONS DEL PLEC DE CÀRRECS

- El plec de càrrecs es notificarà a l'expedientat que tindrà 10 DIES (terminis administratius art. 48 Llei 30/1992 i a partir d'octubre 2016 art.30 Llei 39/2015 ) perquè pugui:

  a) Formular al·legacions
  b) Aportar els documents que consideri d'interès
  c) Proposar diligències de prova (documental, testifical, etc.)

- El plec de càrrecs també es pot notificar a totes aquelles persones (representats legals i/o sindicals i/o centrals sindicals) que, en determinats supòsits especials, tinguin reconegut un tràmit d'audiència

- Si s'opta per no atorgar aquesta audiència en aquesta fase, se'ls haurà d'atorgar en una fase posterior del procediment però abans de dictar-se a la resolució sancionadora:
  1) en la fase de vista
  2) després de la proposta de resolució

# FASE DE FORMULACIÓ DEL PLEC DE CÀRRECS

## PLEC DE CÀRRECS (art. 46 Decret 243/1995)

### COPIES DE L'EXPEDIENT

- L'expedientat té dret a accedir a les còpies de l'expedient a partir que l'instructor hagi formulat el plec de càrrecs (art. 46 Decret 243/1995 i TSJ Catalunya 26.5.2005). Ha de sol·licitar-les

- Representants legals i/o delegats sindicals només tindran accés a les còpies dels documents que integren l'expedient si l'interessat ho ha autoritzat prèviament

  En els casos de tramitar-se un procediment contra més d'un inculpat ens hauran d'autoritzar tots ells el lliurament de còpies als representants legals i/o sindicals

- Al denunciant se li comunicarà l'acord d'incoació i se li notificarà la resolució sancionadora NO se li facilitarà còpia de les actuacions que es vagin practicant durant la tramitació (no té la condició d'interessat)

- El lliurament de les còpies de l'expedient a l'interessat es documentarà en una diligència

# DECRET 243/1995

INCOACIÓ

Notificació a l'instructor

Declaració de l'inculpat i altres diligències

PLEC DE CÀRRECS

**1 mes**

Notificació a l'interessat

Al·legacions + aportació de documents + proposició de prova

**10 dies**

PRÀCTICA DE DILIGÈNCIES PROBATÒRIES

**15 dies màxim**

Notificació a l'interessat

VISTA DE L'EXPEDIENT

Notificació a l'interessat

Al·legacions + aportació de documents

**10 dies màxim**

**10 dies**

PROPOSTA DE RESOLUCIÓ

Notificació a l'interessat

Al·legacions davant l'instructor

**5 dies**

Remissió de l'expedient a l'òrgan competent per dictar resolució

**8 dies**

Devolució expedient a instructor per a la pràctica de diligències

Vista expedient a interessat

Al·legacions

Remissió expedient òrgan competent per resolució

**5 dies**

RESOLUCIÓ DE L'ÒRGAN COMPETENT

# FASE D'AL·LEGACIONS I PROPOSICIÓ DE PROVES

## AL·LEGACIONS AL PLEC DE CÀRRECS I PROPOSICIÓ PROVES (art. 46.3 Decret 243/1995)

### AL·LEGACIONS AL PLEC DE CÀRRECS I PROPOSICIÓ DE PROVES

- Les al·legacions al plec de càrrecs les resoldrà l'instructor a la proposta de resolució tot i que les prendrà en consideració per a les proves a practicar

- La proposició de proves les resoldrà l'instructor a la diligència d'obertura del període probatori

## DILIGÈNCIA D'OBERTURA DEL PERÍODE PROBATORI (art. 47 Decret 243/1995)

- La diligència es farà un cop hagi finalitzat el termini atorgat per fer al·legacions (còmput de terminis administratius)

Abans de donar per transcorregut un termini del procediment per inactivitat de l'expedientat i dictar resolució passant a la fase següent es recomana deixar passar dos o tres dies més per si l'expedientat ha presentat el seu escrit per correu administratiu (termini de seguretat)

- Si s'ha de practicar alguna prova (d'ofici o a instancia de l'inculpat) l'instructor dictarà diligència d'obertura del període probatori per un termini màxim de 15 dies (ampliable per l'instructor)

# FASE DEL PERÍODE PROBATORI

## DILIGÈNCIA D'OBERTURA DEL PERÍODE PROBATORI (art. 47 Decret 243/1995)

- La prova que proposi l'expedientat haurà de versar sobre els fets que resultin controvertits o sobre circumstàncies modificatives de responsabilitat disciplinària
- Si expedientat no proposa prova i l'instructor no acorda cap prova d'ofici s'obrirà directament la fase de vista de l'expedient
- Encara que l'expedientat no hagi proposat cap prova, l'instructor podrà acordar practicar d'ofici les diligències de prova que consideri oportunes per determinar els fets imputats o les circumstàncies posades de manifest per l'expedientat i/o els testimonis
- La inadmissió de proves haurà de ser motivada en la mateixa diligència
- L'admisió de proves no cal motivar-la

# FASE DEL PERÍODE PROBATORI

## DILIGÈNCIA D'OBERTURA DEL PERÍODE PROBATORI (art. 47 Decret 243/1995)

- L'expedientat no té un dret absolut i il·limitat a l'ús de tots els mitjans de prova així com l'instructor tampoc NO té obligació d'admetre totes les proves que proposi l'expedientat ( STC 129/2005, TS 16.12.2003 i TSJ Catalunya 23.5.2012)

- Es podran inadmetre aquelles proves que l'instructor consideri que no són pertinents ni necessàries. La inadmissió de proves s'haurà de MOTIVAR sempre: innecessària o improcedent

- Es recomana aplicar un criteri favorable a l'admissió de proves, sempre que sigui possible

- Si no s'acaba de veure clar si la prova proposta és pertinent o necessària (p. ex perquè es reiteri la declaració d'algun testimoni que ja ha declarat) l'instructor podrà sol·licitar a l'expedientat perquè, amb caràcter previ a decidir sobre l'admissió de la prova, justifiqui l'objecte, finalitat o els fets que es volen acreditar amb la prova proposada

- Fins i tot, quan estigui justificada la prova, l'instructor podrà requerir l'expedientat perquè aporti un llistat de les preguntes a formular a un testimoni per tal de valorar la procedència de la prova proposada. Si finalment no s'aporta el llistat de preguntes es pot denegar prova (TSJ Catalunya 26.7.1999)

# FASE DEL PERÍODE PROBATORI

## DILIGÈNCIA D'OBERTURA DE PERÍODE PROBATORI (art. 47 Decret 243/1995)

### CONTINGUT DE LA DILIGÈNCIA

- S'indicarà si l'expedientat ha presentat al·legacions i/o proposat diligències de prova o si finalitzat el termini no s'ha presentat cap escrit d'al·legacions
- Es relacionaran les proves proposades per l'expedientat amb indicació de les admeses i les inadmeses (motivació) i, si s'escau, el dia i hora en què es practicaran
- També es relacionaran les proves acordades d'ofici per l'instructor
- La diligència s'ha de notificar a l'interessat

Contra la diligència d'obertura del període probatori no es pot interposar tot i que s'hagin denegat les proves proposades per l'expedientat sense perjudici que l'interessat pugui reiterar la pràctica de la prova denegada en via judicial

I. El funcionari Sr. ... ha presentat escrit d'al·legacions al plec de càrrecs en què proposava practicar diligències de prova per la qual cosa l'instructor sotasignat acorda l'obertura d'un període probatori per practicar les proves que finalment siguin admeses.

II. Quant a les diligències de prova proposades per l'interessat al seu escrit d'al·legacions s'admeten les següents en les termes que s'exposaran:

a) La prova testifical del Sr. .... que versarà només sobre l'extrem relatiu a .. INDICAR ELS FETS QUE SERAN OBJECTE DE LA PROVA... que es l'únic que aquest instructor considera rellevant per a la resolució de l'expedient. A tal efecte es fixa com a data de la compareixença de l'esmentat testimoni el proper dia ... a les .... hores en les dependències municipals de l'Ajuntament de .....

III. Així mateix aquest instructor considera necessari practicar d'ofici les proves següents per esbrinar els fets rellevants per dictar la resolució que posi fi a aquests procediment disciplinari:

a) Incorporar a l'expedient disciplinari els següents documents:

INDICAR ELS DOCUMENTS QUE S'HAN D'INCORPORAR

... / ...

... / ...

b) Prendre declaració al funcionari expedientat Sr. ..... el qual serà citat a la compareixença que es realitzarà el proper dia ... a partir de les .... hores en les dependències municipals de l'Ajuntament de .....

c) Que la interventora municipal Sra. .... lliuri a la secretària de l'expedient, en el termini de cinc dies, la següent documentació i/o informació:

INDICAR LA DOCUMENTACIÓ I/O INFORMACIÓ

IV. Pel que fa a la resta de proves proposades pel funcionari expedientat no s'admeten les següents pels motius que s'exposaran:

a) La prova documental consistent en ..... no s'admet perquè el primer extrem dels interessats ja ha estat aclarit mitjançant la prova documental sol·licitada per l'instructor com a una de les primeres diligències d'instrucció i la resta d'extrems són irrellevants a l'hora de determinar la conducta punible.

b) La prova testifical de l'Alcalde de l'Ajuntament de ..... Sr. ....., no s'admet perquè es creu necessari no implicar en la fase instructora a l'òrgan que haurà de dictar la resolució sancionadora quan els fets que el Sr..... pretén acreditar amb aquesta prova pot ser provada mitjançant el testimoni del Sr. ..... en la prova testifical que ha estat admesa.

... / ...

... / ...

c) La prova testifical del regidor Sr. ... no s'admet perquè els fets que es pretenen acreditar no són rellevants per a la resolució d'aquest expedient en referir-se a fets anteriors als presumptament constitutius de falta disciplinària.

d) La prova testifical de la Sra. .... es considera inútil i innecessària a la finalitats perseguides en aquesta fase instructora atès que la falta imputada al Sr. ... consisteix en ..... i sobre aquests fets el seu testimoni no es susceptible de fer cap aportació.

Per tot l'exposat i de conformitat amb allò que disposa l'article 47.1 del Decret 243/1995, de 27 de juny, pel qual s'aprova el Reglament de Règim Disciplinari de la Funció Pública de l'Administració de la Generalitat de Catalunya, aquest instructor,

**ACORDA**

**Primer:** Obrir un període probatori per un termini màxim de quinze dies en què es practiqui la prova indicada en l'expositiu segon i tercer d'aquest mateix escrit, el resultat de la qual haurà d'incorporar-se a l'expedient disciplinari incoat al funcionari Sr. ...

... / ...

... / ...

**Segon:** Citar mitjançant aquest instructor a les persones següents (testimonis externs):

Sr. ..... perquè comparegui el dia .....a les .... hores a les dependències que l'Ajuntament de ..... té a ...ADREÇA.... d'aquesta localitat per tal de prendre-li testimoni sobre els fets que es relacionen amb l'expedient disciplinari incoat al funcionari Sr. ... .

**Tercer:** Citar mitjançant la secretària de l'expedient disciplinari als següents testimonis:

a) Sr....., perquè comparegui el dia ..... a les ..... hores a la Sala de la Junta de Govern de l'Ajuntament de ..... per tal de prendre-li declaració, com a inculpat, sobre els fets que es relacionen al plec de càrrecs tot informant-lo del seu dret d'aportar els documents que estimi necessaris per la seva defensa així com d'acudir a la compareixença assistit de Lletrat.

b) Sr. .....perquè comparegui el dia .....a les 11:30 hores a la Sala de la Junta de Govern de l'Ajuntament de ..... per tal de prendre-li declaració, com a testimoni, sobre .....INDICAR ELS FETS SOBRE ELS QUE VERSARÀ L'INTERROGATORI

... / ...

... / ...

**Quart:** Notificar aquesta diligència d'obertura del període probatori al funcionari expedientat tot informant-lo que contra aquesta resolució no es podrà interposar cap recurs per tractar-se d'un acte de tràmit.

LLOC, DATA I SIGNATURA DE L'INSTRUCTOR

# DECRET 243/1995

INCOACIÓ

Notificació a l'instructor

Declaració de l'inculpat i altres diligències

PLEC DE CÀRRECS

**1 mes**

Notificació a l'interessat

Al·legacions + aportació de documents + proposició de prova

**10 dies**

PRÀCTICA DE DILIGÈNCIES PROBATÒRIES

**15 dies màxim**

Notificació a l'interessat

VISTA DE L'EXPEDIENT

Notificació a l'interessat

Al·legacions + aportació de documents

**10 dies màxim**

**10 dies**

PROPOSTA DE RESOLUCIÓ

Notificació a l'interessat

Al·legacions davant l'instructor

**5 dies**

Remissió de l'expedient a l'òrgan competent per dictar resolució

**8 dies**

Devolució expedient a instructor per a la pràctica de diligències

Vista expedient a interessat

Al·legacions

Remissió expedient òrgan competent per resolució

**5 dies**

RESOLUCIÓ DE L'ÒRGAN COMPETENT

# FASE DEL PERÍODE PROBATORI

## PRÀCTICA DE PROVES (art. 47 Decret 243/1995)

- Es notificaran al funcionari expedientat les dates i hores en què es practicaran les diligències de prova que admeti l'instructor a les quals podrà assistir i participar el funcionari expedientat i/o el seu advocat

- La pràctica de les proves d'interrogatori de l'inculpat i testimonis, reconeixements oculars, etc. la intervenció de l'instructor és essencial i no es pot suplir amb la presència del secretari (principi d'immediació)

- Determinades diligències es poden practicar fora de les dependències municipals amb l'assistència de l'instructor i el secretari

- Si durant la pràctica de les proves admeses sorgeix la necessitat de practicar alguna diligència probatòria que no va ser acordada inicialment, l'instructor podrà acordar la pràctica de diligències probatòries complementàries a realitzar dins dels 15 dies inicials o, si no fos possible, en el termini al qual l'instructor ampliï el període probatori

# FASE DEL PERÍODE PROBATORI

## PRÀCTICA DE PROVES (art. 47 Decret 243/1995)

Es passarà a  següent fase de vista:

a) Quan transcorri el termini de 10 dies sense que l'expedientat presenti cap escrit d'al·legacions i l'instructor no consideri oportú practicar cap d'ofici

b) Quan l'expedientat presenti al·legacions sense proposar cap prova i l'instructor no consideri oportú practicar cap d'ofici

c) Quan l'expedientat proposi proves però l'instructor no admeti cap i tampoc no consideri oportú practicar cap d'ofici

d) Quan s'hagin practicat totes les proves admeses, encara que no s'hagi esgotat el termini de 15 dies del  període probatori

# DECRET 243/1995

INCOACIÓ

Notificació a l'instructor

Declaració de l'inculpat i altres diligències

PLEC DE CÀRRECS

**1 mes**

Notificació a l'interessat

Al·legacions + aportació de documents + proposició de prova

**10 dies**

PRÀCTICA DE DILIGÈNCIES PROBATÒRIES

**15 dies màxim**

Notificació a l'interessat

VISTA DE L'EXPEDIENT

Notificació a l'interessat

Al·legacions + aportació de documents

**10 dies màxim**

**10 dies**

PROPOSTA DE RESOLUCIÓ

Notificació a l'interessat

Al·legacions davant l'instructor

**5 dies**

Remissió de l'expedient a l'òrgan competent per dictar resolució

**8 dies**

Devolució expedient a instructor per a la pràctica de diligències

Vista expedient a interessat

Al·legacions

Remissió expedient òrgan competent per resolució

**5 dies**

RESOLUCIÓ DE L'ÒRGAN COMPETENT

# FASE DE VISTA

## TRÀMIT DE VISTA (art. 48 Decret 243/1995)

- Un cop practicades totes les proves admeses s'obrirà un tràmit de vista de l'expedient on es concedirà a l'inculpat un termini de 10 dies com a màxim perquè, a la vista del resultat de les proves practicades, pugui:

  - Formular al·legacions i aportar els documents que consideri d'interès

- La resolució de l'instructor obrint el tràmit de vista s'haurà de notificar a:

  - Expedientat
  - (**OPCIONAL**) Persones amb un dret d'audiència addicional (representants legals / organitzacions sindicals / delegats sindicals)

- Expedientat té dret a que se li faciliti còpia completa de l'expedient (o de la part que li falti) per poder veure i valorar el resultat de les diligències de prova practicades i fer les al·legacions i aportacions de documents que consideri oportunes

La resolució de l'instructor d'obertura del tràmit de vista NO es pot recórrer (TS 5.5.1998)

# MODEL DE DILIGÈNCIA TRÀMIT DE VISTA DE L'EXPEDIENT



## A) SI NO S'ACORDA OBERTURA DEL PERÍODE PROBATORI

I. El plec de càrrecs formulat per l'instructor sotasignat va ser notificat al Sr. .....el dia.....sense que el funcionari expedientat hagi presentat al·legacions ni proposat cap prova dins del termini reglamentari

II. A la vista del contingut dels fets provats de la sentència de data .... dictada pel Jutjat ..... (en el procediment de judici de faltes núm. ...) instructor sotasignat tampoc no considera necessari realitzar, d'ofici, cap altra diligència probatòria a més de les que ja s'han practicat en aquest procediment disciplinari. (... / ...)

## B) Si S'HA PRACTICAT TOTA LA PROVA ADMESA

I. El plec de càrrecs formulat per l'instructor sotasignat va ser notificat al Sr. .....que va formular al·legacions i proposar prova que li va ser admesa / denegada en el termes que figuren a la diligència d'obertura del període probatori de data .....

II. Un cop practicades totes los proves admeses per l'instructor a la diligència indicada a l'apartat precedent, cal obrir el tràmit de vista (... / ...)

... / ...

Per tot el que s'acaba d'exposar i de conformitat amb allò que disposa l'article 48 del Decret 243/1995, de 27 de juny, pel qual s'aprova el Reglament de règim disciplinari de la Funció Pública de l'Administració de la Generalitat de Catalunya, l'instructor sotasignat,

**ACORDA**

**Primer:** Obrir el tràmit de vista de l'expedient el qual, per termini de DEU DIES a comptar a partir de l'endemà de la notificació de la present resolució, es posarà de manifest a l'interessat (**opcionalment també a la resta de persones o institucions amb dret a tràmit d'audiència**) perquè pugui fer les al·legacions i l'aportació de documents que consideri oportunes en defensa del seu dret

**Segon:** De conformitat amb allò que disposa l'article 48 del Decret 243/1995 aquesta diligència d'obertura del tràmit de vista serà notificada a l'interessat (**i opcionalment "a la resta d'interessats" que tinguin dret al tràmit d'audiència)** tot informant-lo que contra la mateixa no es podrà interposar cap recurs per tractar-se d'un acte de tràmit.

LLOC, DATA I SIGNATURA DE L'INSTRUCTOR

# DECRET 243/1995

INCOACIÓ

Notificació a l'instructor

Declaració de l'inculpat i altres diligències

PLEC DE CÀRRECS

**1 mes**

Notificació a l'interessat

Al·legacions + aportació de documents + proposició de prova

**10 dies**

PRÀCTICA DE DILIGÈNCIES PROBATÒRIES

**15 dies màxim**

Notificació a l'interessat

VISTA DE L'EXPEDIENT

Notificació a l'interessat

Al·legacions + aportació de documents

**10 dies màxim**

**10 dies**

PROPOSTA DE RESOLUCIÓ

Notificació a l'interessat

Al·legacions davant l'instructor

**5 dies**

Remissió de l'expedient a l'òrgan competent per dictar resolució

**8 dies**

Devolució expedient a instructor per a la pràctica de diligències

Vista expedient a interessat

Al·legacions

Remissió expedient òrgan competent per resolució

**5 dies**

RESOLUCIÓ DE L'ÒRGAN COMPETENT

# FASE DE PROPOSTA DE RESOLUCIÓ

## PROPOSTA DE RESOLUCIÓ (art. 49 Decret 243/1995)

Un cop formulades al·legacions a la fase de vista (o transcorregut el termini de 10 dies sense haver-les realitzat) l'instructor haurà de formular la proposta de resolució en els 10 dies següents (termini impropi l'incompliment del qual no afectarà la validesa del procediment)

### CONTINGUT DE LA PROPOSTA DE RESOLUCIÓ

1) **Resum** molt breu de les **diferents fases del procediment** des de la incoació amb especial esment a la constitució, manteniment o alçament de les mesures cautelars que s'hagin pogut acordar en el si del procediment disciplinari així com a les ampliacions dels terminis o altres incidències (suspensions, recusacions, etc.) que s'hagin pogut plantejar durant el procediment.

- Pel que fa a les diligències de prova inadmeses es farà una remissió a la motivació continguda a diligència obertura període probatori

# FASE DE PROPOSTA DE RESOLUCIÓ

## CONTINGUT DE LA PROPOSTA DE RESOLUCIÓ

**2)** **Fixació** precisa dels **fets** declarats provats amb la **valoració jurídica** que correspongui

- Els fets imputat al plec de càrrecs són vinculants i no es podran modificar substancialment a la proposta de resolució (transcripció literal)

- S'han de motivar els elements de prova en base als quals es fixen els fets provats:

a) Reconeixement inculpat o altres mitjans de prova (documental, testifical, etc.)

b) Proves contradictòries (a favor i en contra de l'expedientat). Cal ser més exigent amb les proves de càrrec

La valoració de les proves es farà aplicant les regles de la càrrega de la prova i la immediació així com els principis de presumpció d'innocència i in dubio pro reo

La credibilitat dels testimonis es valorarà en base a la immediació, la pèrdua de credibilitat de testimonis que faltin a la veritat, les contradiccions, etc.

Els fets es poden fixar en base a prova indirecta

- Cal motivar les causes por les que es desestimen les al·legacions de l'expedientat

# FASE DE PROPOSTA DE RESOLUCIÓ

## CONTINGUT DE LA PROPOSTA DE RESOLUCIÓ

3) Determinació de la **falta disciplinària** i de la **responsabilitat** de l'expedientat

- Cal fer una valoració jurídica per encabir els fets en un tipus infractor (LLEU, GREU O MOLT GREU) tenint en compte els principis de l'art. 94 EBEP i art. 120 DL 1/1997:

- Proporcionalitat
- Legalitat i tipicitat
- Irretroactivitat de les disposicions sancionadores no favorables i retroactivitat de les favorables a l'infractor
- Culpabilitat i imputabilitat
- Presumpció d'innocència
- La pertorbació en els serveis
- Els danys produïts a l'Administració o als administrats i transcendència dels fets (interna i externa)
- La reincidència o reiteració
- La participació en la comissió o l'omissió dels fets punibles:

  - Autor (mediat, immediat i cooperadors necessaris)
  - Inductor (s'equipara als autors)
  - Encobridor (faltes CONSUMADES GREUS o MOLT GREUS + DANY GREU Administració o ciutadans)

# FASE DE PROPOSTA DE RESOLUCIÓ

## CONTINGUT DE LA PROPOSTA DE RESOLUCIÓ

4) Determinació de la **responsabilitat exigible de l'expedientat i la sanció que l'instructor proposa imposar**

- S'apliquen els mateixos principis per determinar **falta disciplinària** i de la **responsabilitat** de l'expedientat i, a més, hi ha altres circumstàncies a tenir en compte:

- Les formes d'execució:
  - Consumació
  - Temptativa (inacabada i acabada)

- Intencionalitat (dolo o culpa en els seus diferents graus)

- Les circumstàncies eximents, atenuants i agreujants

- Actuació de l'expedientat durant la instrucció de l'expedient: col·laboradora, obstruccionista, deslleial i dilatòria, etc.

La tipificació de les faltes i sancions de la proposta de resolució
NO estan vinculades a les del
Decret d'incoació i el plec de càrrecs

# MODEL DE PROPOSTA DE RESOLUCIÓ



I.- L'Alcaldia de ..... va acordar, mitjançant Decret de data ... incoar expedient disciplinari al funcionari d'aquesta corporació, Sr. ... per .. .(INDICAR ELS FETS PUNIBLES DEL DECRET D'INCOACIÓ).....

II. Durant la tramitació de l'expedient disciplinari s'ha procedit amb estricta observança de tots els requisits legals i l'instructor sotasignat ha practicat les diligències adients per tal de determinar els fets i la seva tipificació, així com les possibles responsabilitats disciplinàries de l'empleat municipal expedientat amb el resultat que s'esposarà als paràgrafs següents.

Pel que fa a la tramitació reglamentària cal destacar (s'indicaran aspectes destacats o incidències de la tramitació: ampliació de terminis, recusacions, suspensions, etc.).

III. VISTOS els fets imputats al Sr. ... al plec de càrrecs, passarem a abordar el primer que se li va imputar consistent en:

**PRIMER: "TRANSCRIPCIÓ LITERAL DELS FET CONSIGNATS AL PLEC DE CÀRRECS".**

De les diligències de instrucció practicades ha quedat acreditat que (INDICAR ELS FETS I LA RESTA DE CIRCUMSTANCIES QUE HAN RESULTAT PROVADES MOTIVANT EL RESULTAT DE LES PROVES PRACTICADES PER ARRIBAR A LES CONCLUSIONS)

El Sr. ...va al·legar en la seva defensa que (FER ESMENT ALS FETS I CIRCUMSTÀNCIES AL·LEGADES PEL FUNCIONARI EXPEDIENTAT PER EVITAR LA RESPONSABILITAT DISCIPLINÀRIA)

No obstant, pel que fa a (RELACIONAR EL FET O CIRCUMSTÀNCIA INVOCAT PEL FUNCIONARI EXPEDIENTAT) de les diligències de prova practicades ha quedat acreditat que (MOTIVAR LES PROVES I RAONAMENTS PELS QUALS LES AL·LEGACIONS EXCULPATÒRIES DE L'EXPEDIENTAT NO PODEN PROSPERAR)

... / ...

... / ...

Per tot el que s'ha exposat, l'instructor sotasignat considera que aquesta conducta és constitutiva de la falta de "TRANSCRIURE EL TIPUS INFRACTOR" tipificada a l'article (INDICAR EL PRECEPTE LEGAL).

Per la seva banda, la negligència greu/lleu s'aprecia des del moment en què (INDICAR ELS MOTIUS)

Quant a la sanció a imposar, de conformitat amb l'article (INDICAR ELS PRECEPTES LEGALS), la recta aplicació del principi de proporcionalitat comporta tenir en compte que el Sr. ... no havia estat sancionat anteriorment i que no ha quedat acreditat que (INDICAR LES CIRCUMSTÀNCIES).

Així doncs es proposa, en aquest supòsit, l'aplicació de la sanció prevista per a les faltes (INDICAR SI ÉS LLEU, GREU O MOLT GREU) consistent en (INDICAR LA SANCIÓ QUE ES PROPOSA).

D'acord amb els antecedents exposats, l'instructor sotasignat de conformitat amb l'article 49 del Reglament de règim disciplinari de la funció pública de l'Administració de la Generalitat de Catalunya aprovat pel Decret 243/1995, formula la següent,

**PROPOSTA DE RESOLUCIÓ**

**Primer:** IMPOSAR al funcionari de l'Ajuntament de ..., Sr. ... una sanció de (INDICAR SANCIÓ), prevista a l'article (INDICAR PRECEPTE LEGAL) com (INDICAR GRAU DE RESPONSABILITAT: AUTOR, INDUCTOR O ENCOBRIDOR) d'una falta LLEU/GREU/MOLT GREU de "TRANSCRIURE EL TIPUS INFRACTOR" tipificada a l'article (INDICAR EL PRECEPTE I LA NORMA LEGAL) i en relació amb els fets que s'especifiquen en la part expositiva d'aquesta resolució.

... / ...

... / ...

**Segon**: NOTIFICAR aquesta proposta de resolució al Sr. ... (OPCIONAL notificar també a les persones i organitzacions sindicals que tenen dret de audiència si abans no se'ls ha donat aquest tràmit en una fase anterior del procediment ja que aquesta és l'ÚLTIMA OPORTUNITAT per fer-ho) amb indicació de què disposa d'un termini de CINC DIES a comptar des de la data de la seva recepció, per formular davant aquest instructor les al·legacions que consideri oportunes per a la seva defensa, d'acord amb el que disposa l'article 49.2 del Reglament de règim disciplinari de la funció pública de l'Administració de la Generalitat de Catalunya, aprovat pel Decret 243/11995. Així mateix s'informa al funcionari expedientat que aquest és un acte de tràmit, no definitiu, i per tant no és susceptible de recurs, i això sense perjudici que pugui exercitar els recursos que estimi procedents.

LLOC, DATA I SIGNATURA DE L'INSTRUCTOR

# DECRET 243/1995

INCOACIÓ

Notificació a l'instructor

Declaració de l'inculpat i altres diligències

PLEC DE CÀRRECS

**1 mes**

Notificació a l'interessat

Al·legacions + aportació de documents + proposició de prova

**10 dies**

PRÀCTICA DE DILIGÈNCIES PROBATÒRIES

**15 dies màxim**

Notificació a l'interessat

VISTA DE L'EXPEDIENT

Notificació a l'interessat

Al·legacions + aportació de documents

**10 dies màxim**

**10 dies**

PROPOSTA DE RESOLUCIÓ

Notificació a l'interessat

Al·legacions davant l'instructor

**5 dies**

Remissió de l'expedient a l'òrgan competent per dictar resolució

**8 dies**

Devolució expedient a instructor per a la pràctica de diligències

Vista expedient a interessat

Al·legacions

Remissió expedient òrgan competent per resolució

**5 dies**

RESOLUCIÓ DE L'ÒRGAN COMPETENT

# FASE D'AL·LEGACIONS A LA PROPOSTA DE RESOLUCIÓ

## AL·LEGACIONS A LA PROPOSTA DE RESOLUCIÓ (art. 49 Decret 243/1995)

- La proposta de resolució es notificarà a:

  - Funcionari expedientat

  - Persones o entitats a qui se'ls hagi de concedir audiència abans de dictar-se la resolució sancionadora d'acord amb la Disp. Ad 1a Decret 243/1995, art.37 LPRL i art. 10.3 LOLS (i si s'escau Acord de condicions F o comuns F+L):

  - Representants legals del personal
  - Seccions sindicals
  - Centrals sindicals més representatives

ÚLTIMA OPORTUNITAT PER CONCEDIR-LOS TRÀMIT D'AUDIÈNCIA ADDICIONAL SI NO S'HA FET EN UNA FASE ANTERIOR DEL PROCEDEDIMENT

- La proposta de resolució es notificarà a l'expedientat (i si escau a qui tingui dret d'audiència perquè el el termini de CINC DIES pugui fer només al·legacions (NOproposar NI aportar prova)

Aquestes al·legacions NO les ha de resoldre l'instructor sinó l'òrgan competent per sancionar

# DECRET 243/1995

INCOACIÓ

Notificació a l'instructor

Declaració de l'inculpat i altres diligències

PLEC DE CÀRRECS

**1 mes**

Notificació a l'interessat

Al·legacions + aportació de documents + proposició de prova

**10 dies**

PRÀCTICA DE DILIGÈNCIES PROBATÒRIES

Notificació a l'interessat

VISTA DE L'EXPEDIENT

**15 dies màxim**

Notificació a l'interessat

Al·legacions + aportació de documents

**10 dies màxim**

**10 dies**

PROPOSTA DE RESOLUCIÓ

Notificació a l'interessat

Al·legacions davant l'instructor

**5 dies**

Remissió de l'expedient a l'òrgan competent per dictar resolució

**8 dies**

Devolució expedient a instructor per a la pràctica de diligències

Vista expedient a interessat

Al·legacions

Remissió expedient òrgan competent per resolució

**5 dies**

RESOLUCIÓ DE L'ÒRGAN COMPETENT

# FASE DE REMISSIÓ DE L'EXPEDIENT A L'ÒRGAN COMPETENT PER DICTAR RESOLUCIÓ

## TRASLLAT DE L'EXPEDIENT A L'ÒRGAN COMPETENT PER DICTAR RESOLUCIÓ SANCIONADORA (art. 50 Decret 243/1995)

- Un cop presentades al·legacions o transcorregut el termini sense haver-les fet, l'instructor remetrà l'expedient complet a l'òrgan competent per imposar la sanció

- Ho farà amb caràcter immediat. No està previst que l'instructor faci informe responent a les al·legacions formulades a la proposta de resolució

- Quan l'òrgan competent rebi l'expedient té 2 opcions:

1) Dictar resolució en l'expedient disciplinari (supòsit HABITUAL)

2) Retornar l'expedient a l'instructor perquè practiqui les diligències que l'òrgan sancionador considera imprescindibles per poder resoldre (supòsit EXCEPCIONAL)

La realització d'aquestes diligències per l'instructor NO es considera circumstància excepcional que permeti l'ampliació del termini de 6 mesos per evitar CADUCITAT (TS 16.11.2009)

# DECRET 243/1995

INCOACIÓ

Notificació a l'instructor

Declaració de l'inculpat i altres diligències

PLEC DE CÀRRECS

**1 mes**

Notificació a l'interessat

Al·legacions + aportació de documents + proposició de prova

**10 dies**

PRÀCTICA DE DILIGÈNCIES PROBATÒRIES

Notificació a l'interessat

VISTA DE L'EXPEDIENT

**15 dies màxim**

Notificació a l'interessat

Al·legacions + aportació de documents

**10 dies màxim**

**10 dies**

PROPOSTA DE RESOLUCIÓ

Notificació a l'interessat

Al·legacions davant l'instructor

**5 dies**

Remissió de l'expedient a l'òrgan competent per dictar resolució

**8 dies**

Devolució expedient a instructor per a la pràctica de diligències

RESOLUCIÓ DE L'ÒRGAN COMPETENT

Vista expedient a interessat

Al·legacions

**5 dies**

Remissió expedient òrgan competent per resolució

# FASE DE REMISSIÓ DE L'EXPEDIENT A L'ÒRGAN COMPETENT PER DICTAR RESOLUCIÓ

## TRASLLAT DE L'EXPEDIENT A L'ÒRGAN COMPETENT PER DICTAR RESOLUCIÓ SANCIONADORA (art. 50 Decret 243/1995)

OPCIONS ALTERNATIVES DE L'ÒRGAN SANCIONADOR DESPRÉS DE LA REMISSIÓ DE L'EXPEDIENT

1) Retornar l'expedient a instructor per practicar diligències indispensables per resoldre

- Instructor practica diligències
- Vista i al·legacions expedientat
- Resoldre l'expedient disciplinari

**5 dies**

2) Resoldre l'expedient disciplinari

No es preveu una segona proposta de resolució on instructor respongui aquestes últimes al·legacions

*Es podria fer una resolució de trasllat motivada per recolzar la sanció de l'òrgan competent

# DECRET 243/1995

INCOACIÓ

Notificació a l'instructor

Declaració de l'inculpat i altres diligències

PLEC DE CÀRRECS

**1 mes**

Notificació a l'interessat

Al·legacions + aportació de documents + proposició de prova

**10 dies**

PRÀCTICA DE DILIGÈNCIES PROBATÒRIES

Notificació a l'interessat

VISTA DE L'EXPEDIENT

**15 dies màxim**

Notificació a l'interessat

Al·legacions + aportació de documents

**10 dies màxim**

**10 dies**

PROPOSTA DE RESOLUCIÓ

Notificació a l'interessat

Al·legacions davant l'instructor

**5 dies**

Remissió de l'expedient a l'òrgan competent per dictar resolució

**8 dies**

Devolució expedient a instructor per a la pràctica de diligències

Vista expedient a interessat

Al·legacions

Remissió expedient òrgan competent per resolució

**5 dies**

RESOLUCIÓ DE L'ÒRGAN COMPETENT

# FASE DE RESOLUCIÓ DE L'EXPEDIENT

## FINALITZACIÓ DEL PROCEDIMENT DISCIPLINARI (art. 53 Decret 243/1995)

### REQUISITS DE LA RESOLUCIÓ SANCIONADORA

- Termini per dictar-la 8 dies (termini impropi) excepte separació servei (no hi ha termini)
- Ha de ser motivada i haurà de donar resposta a totes les qüestions plantejades en l'expedient i en particular a les últimes al·legacions a la proposta resolució
- No podran acceptar-se fets diferents dels que van servir de base al plec de càrrecs i a la proposta de resolució
- Normalment òrgan sancionador assumirà íntegrament raonaments i proposta instructor (que a la proposta de resolució ja haurà fixat els fets, realitzat les valoracions jurídiques i donat resposta a totes les qüestions plantejades)
- Excepcionalment es podria apartar de la proposta de resolució de l'instructor i fer una valoració jurídica diferent (p. ex considerar que la falta es lleu en comptes de greu o imposar una sanció diferent de la proposada per l'instructor a la proposta de resolució). Aquesta decisió exigeix un plus de MOTIVACIÓ
- Previsió especial si la falta és per infracció incompatibilitats (art. 265 Decret 214/1990) el procediment disciplinari ha d'incloure el de compatibilitat (llevat situació no actual)

# FASE DE RESOLUCIÓ DE L'EXPEDIENT

## FINALITZACIÓ DEL PROCEDIMENT DISCIPLINARI (art. 53 Decret 243/1995)

### ÒRGANS COMPETENTS PER DICTAR RESOLUCIÓ SANCIONADORA

**1) Personal laboral i funcionaris en general (arts. 21.1.h LBRL i art. 53.1.i DL 2/2003)**

-PRESIDENT de l'entitat local (excepte delegació)

**NO es pot delegar la sanció de separació servei funcionaris ni acomiadament personal laboral i tampoc NO serà preceptiu informe previ Comissió Tècnica de la Funció Pública per acordar-les**

**2) Funcionaris Policia Local (art.54 Llei 16/1991)**

a) Per imposar sanció SEPARACIÓ SERVEI: El PLE (art. 54.3 Llei 16/1991 i sentències del TSJ Catalunya 29.5.2006 i 8.7.2015)

b) Per imposar la resta de sancions : L'ALCALDE

La imposició de sancions molt greus NO es poden delegar

( art. 54.3 Llei 16/1991 ≠ art.18 Decret 179/2015)

# FASE DE RESOLUCIÓ DE L'EXPEDIENT

## FINALITZACIÓ DEL PROCEDIMENT DISCIPLINARI (art. 53 Decret 243/1995)

### ÒRGANS COMPETENTS PER DICTAR RESOLUCIÓ SANCIONADORA

**3) Funcionaris amb habilitació de caràcter nacional:**

a) Sanció per faltes **MOLT GREUS** tipificades en **normativa bàsica estatal: Ministre d'Hisenda i AP**

b) Sancions de **SUSPENSIÓ de funcions i DESTITUCIÓ** per la comissió de faltes GREUS i la resta de faltes MOLT GREUS **que NO siguin competència sancionadora del Ministre d'Hisenda i AP: Director General de l'Administració Local de la Generalitat de Catalunya**

Si el funcionari ha comès la sanció prestant serveis en una Administració local i quan se li sanciona pertany a una altra entitat local: L'òrgan sancionador serà el competent de la CCAA en què hagi comès la infracció

c) Sanció faltes **LLEUS : PRESIDENT** entitat local (o òrgan en qui delegui)

La sanció de suspensió de funcions tindrà una duració màxima de **3 anys** per a les **faltes greus** i la de destitució comportarà pèrdua lloc de treball amb prohibició d'obtenir destí en la mateixa corporació en què es van cometre els fets

# FASE DE RESOLUCIÓ DE L'EXPEDIENT

## FINALITZACIÓ DEL PROCEDIMENT DISCIPLINARI (art. 53 Decret 243/1995)

### CONTINGUT DE LA RESOLUCIÓ SANCIONADORA

1) Resum molt breu de la tramitació del procediment, fent especial referència a les incidències que s'hagin produït com ara recusacions, ampliacions de terminis, suspensions, mesures provisionals, etc.

2) Transcripció integra de la proposta de resolució o un resum molt complet del contingut de la mateixa

3) Determinació dels fets en base a les proves practicades que consten a l'expedient (tot i que sigui per remissió al contingut de la proposta de resolució) i precisió de la falta comesa indicant els preceptes en què es trobi tipificada donant resposta a totes les qüestions plantejades

4) Identificació de l'empleat responsable dels fets punibles i la condició de l'infractor (autor, inductor, encobridor, etc.) en base a les proves practicades que consten a l'expedient (tot i que sigui per remissió al contingut de la proposta de resolució)

5) Determinació de la sanció a imposar, prèvia ponderació dels criteris de graduació de faltes i sancions, tot indicant els preceptes en què la sanció es trobi tipificada

# FASE DE RESOLUCIÓ DE L'EXPEDIENT

## FINALITZACIÓ DEL PROCEDIMENT DISCIPLINARI (art. 53 Decret 243/1995)

### CONTINGUT DE LA RESOLUCIÓ SANCIONADORA

Quan la sanció que s'imposi sigui la separació del servei dels funcionaris o l'acomiadament del personal laboral s'haurà de donar compte al Ple en la primera sessió que se celebri

6) Breu referència als preceptes que estableixin la competència de l'òrgan sancionador

7) Imposar sanció o finalitzar el procediment sense imposar-la, fent expressa declaració a les mesures provisionals adoptades durant la tramitació del procediment

7-1) Si **S'IMPOSA SANCIÓ** s'haurà de determinar i fer una indicació dels períodes en els quals s'executarà o es podrà executar

7-2) Si **NO S'IMPOSA SANCIÓ** (per prescripció, no quedar acreditat els fets la responsabilitat, etc.) s'acordarà l'arxiu de l'expedient disciplinari

# FASE DE RESOLUCIÓ DE L'EXPEDIENT

## EXECUCIÓ DE LA RESOLUCIÓ SANCIONADORA: ART. 54 DECRET 243/1885

FUNCIONARIS EN GENERAL. Article 54 del Decret 243/1995

"Les sancions disciplinàries s'executen segons els termes de la resolució en la qual s'imposin, una vegada que aquesta sigui definitiva en via administrativa, i en el termini màxim d'un mes, llevat que, per causes justificades, se n'estableixi un altre de diferent a l'esmentada resolució, sempre per temps inferior al de la seva prescripció"

POLICIES LOCALS:

Article 58.3 de la Llei 16/1991
**"Les sancions (...) prescriuen (...) per faltes lleus al cap d'un mes, a comptar de la data de notificació de les sancions"**

Decret 179/2015

"35.1 Les sancions disciplinàries s'han d'executar a partir de la fermesa en via administrativa de la resolució per la qual s'imposen.
35.2 Les sancions disciplinàries s'han d'executar segons els termes de la resolució en què s'imposin i en el termini màxim de dos mesos, llevat que per causes justificades se n'estableixi un altre de diferent en la resolució esmentada (...)".

Article 44. Prescripció de les sancions
"44.1 Les sancions (...) prescriuen (...) per faltes lleus al cap d'un mes, a comptar de la data de notificació de les sancions".

# FASE DE RESOLUCIÓ DE L'EXPEDIENT

## EXECUCIÓ DE LA RESOLUCIÓ SANCIONADORA: ART. 54 DECRET 243/1885

**Doctrina TC:** No es pot executar la sanció fins que sigui ferma en via administrativa ni abans que els Tribunals s'hagin pronunciat sobre la suspensió

Es recomana, amb caràcter general, no donar inici a l'execució de les sancions del personal funcionari fins que la resolució sancionadora sigui ferma en via administrativa per:

- Esgotament termini per interposar recurs de reposició sense que l'expedientat l'hagi interposat

- Quan s'interposi recurs de reposició, des de la resolució del recurs o transcorregut un mes sense haver-se dictat resolució expressa

EXCEPCIÓ: Les sancions per faltes lleus dels policies locals s'han d'executar immediatament abans d'un mes des de la data de notificació de la sanció (risc de prescripció de la sanció ). Principi de JERARQUIA NORMATIVA

Si s'executa la sanció després que la resolució sigui ferma en via administrativa però abans que els tribunals contenciosos administratius s'hagin pronunciat sobre la suspensió de la sanció → RISC d'anul·lació de l'execució realitzada sense perjudici que al judici principal s'acabi confirmant la sanció imposada

# FASE DE RESOLUCIÓ DE L'EXPEDIENT

## EXECUCIÓ DE LA RESOLUCIÓ SANCIONADORA: ART. 54 DECRET 243/1885

Si l'expedientat en el seu recurs de reposició sol·licita la suspensió de l'execució de la sanció, i l'ajuntament no vol atorgar-la, cal dictar resolució que la desestimi en el termini màxim 30 dies perquè en cas contrari s'entén concedida la suspensió per silenci administratiu (art. 111 Llei 30/1992)

Si la suspensió finalment s'acaba concedint per silenci administratiu positiu, es recomana requerir a l'expedientat perquè aporti justificant d'haver presentat demanda sol·licitant la suspensió en via judicial. En cas contrari podrem executat tot i la suspensió atorgada en via administrativa

Si l'expedientat obté la suspensió de l'execució per silenci administratiu positiu l'Administració podrà aplicar la sanció imposada si quan s'interposa la demanda no se sol·licita la suspensió judicial de l'execució de la sanció,

# FASE DE RESOLUCIÓ DE L'EXPEDIENT

## FINALITZACIÓ DEL PROCEDIMENT DISCIPLINARI (art. 53 Decret 243/1995)

### CONTINGUT DE LA RESOLUCIÓ SANCIONADORA

7-1) Possibles continguts resolució sancionadora pel que fa a l'execució de la sanció:

1) Determinar les **dates concretes de compliment** de la sanció (**del dia X al dia Y, llevat que la situació administrava de l'expedientat ho impedeixi**) ja que la resolució sancionadora és definitiva en via administrativa i, d'acord amb l'art. 57 de la Llei 30/1992, executiva. **NO ES RECOMANA** perquè es desconeix data fermesa de la resolució sancionadora en via administrativa **EXCEPTE** sancions lleus policia local (risc prescripció)

2) Determinar que l'execució de la sanció es farà efectiva en dates que **no perjudiquin la prestació del servei** i una vegada que la resolució sancionadora hagi adquirit **fermesa en via administrativa i/o judicial** sempre que la situació administrativa del sancionat ho permeti i no s'excedeixin els **terminis de prescripció** per executar la sanció

***"L'execució de la sanció imposada es disposarà, un cop que aquesta resolució hagi guanyat fermesa en via administrativa i/o judicial i la situació administrativa del sancionat ho permeti, fixant les dates de compliment de manera que no perjudiquin la prestació del servei ni excedeixin dels terminis legals de prescripció de la sanció."***

# FASE DE RESOLUCIÓ DE L'EXPEDIENT

## FINALITZACIÓ DEL PROCEDIMENT DISCIPLINARI (art. 53 Decret 243/1995)

### CONTINGUT DE LA RESOLUCIÓ SANCIONADORA

Aquesta fórmula té les següents **avantatges**:

1) Deixa **oberta les dates** de fixació de les dates d'execució a partir de la fermesa administrativa de la resolució sancionadora: es podrà executar en el moment que es consideri més oportú des de la fermesa administrativa fins a la data immediatament anterior a a prescripció de la sanció

2) Si es tractés un **tema molt dubtós** d'una sanció molt greu amb un **resultat judicial incert** en què no tenim clar si els tribunals confirmaran la sanció aquesta fórmula ens permetria no aplicar-la fins a conèixer el **resultat final del judici** (fins i tot si no s'hagés sol·licitat la suspensió en via judicial). Així es pot evitar que, en cas que els tribunal anul·lin la sanció, no haver de compensar econòmicament al sancionat por un període de temps en què tampoc s'haurien prestat serveis

3) Aquesta fórmula també permet que, en els casos que **s'allargui molt el procediment judicial** o, per altres **motius d'oportunitat**, finalment s'assumís el risc d'executar tot i el resultat incert del judici, la corporació pugui executar un cop sigui **ferma la resolució en via administrativa** però sense esperar a que ho sigui en via judicial

# FASE DE RESOLUCIÓ DE L'EXPEDIENT

## FINALITZACIÓ DEL PROCEDIMENT DISCIPLINARI (art. 53 Decret 243/1995)

### CONTINGUT DE LA RESOLUCIÓ SANCIONADORA

Més avantatges d'aquesta fórmula:

4) La referència a que la **situació administrativa del sancionat** permeti el compliment de la sanció està intentant preveure situacions en què el funcionari sancionat es trobi de baixa per I.T durant la qual no és possible aplicar una sanció de suspensió de funcions amb pèrdua de retribucions perquè un cop iniciat el procés d'IT la remuneració que percep el malalt ja no és una retribució pels seus serveis sinó un subsidi de seguretat social per cobrir una determinada contingència (la impossibilitat de treballar per malaltia)

5) Aquesta fórmula resulta igualment aplicable a aquells supòsits que en el moment d'imposar-se la sanció l'expedientat es trobi en una altra **situació administrativa** que **no permeti el seu compliment** (comissió de serveis, excedència, etc.)

6) La referència a que no ha de perjudicar el servei ens dóna marge per elegir una data de compliment que no coincideixi amb un període de manca d'efectius al Departament on presta serveis (baixes, vacances, etc.)

# FASE DE RESOLUCIÓ DE L'EXPEDIENT

## FINALITZACIÓ DEL PROCEDIMENT DISCIPLINARI (art. 53 Decret 243/1995)

### CONTINGUT DE LA RESOLUCIÓ SANCIONADORA

En tots els casos caldrà fer una **nova resolució** que, a partir de la previsió de la resolució sancionadora, fixi els períodes de compliment de la sanció imposada:

*"FIXAR la data d'inici de compliment de la sanció imposada al funcionari expedientat el proper dia …….. i fins al dia ……, ambdós inclosos, de conformitat amb allò que disposen els articles …….*

- *Arts. 7 i 54 del Decret 243/1995 (funcionaris en general)*
- *Art. 35 del Decret 179/2015 (policia local)"*

**Es pot executar la sanció encara que el funcionari inculpat adquireixi, dins de la mateixa corporació, la situació de servei actiu en un cos o escala diferent al que pertanyia quan va cometre la falta disciplinària**

**Tant en el cas de la fermesa de la via administrativa com la judicial aquesta espera per donar inici a l'execució restaria condicionada a que no es produeixi la prescripció de la sanció la qual s'haurà d'evitar per no afavorir la impunitat de l'infractor**

# FASE DE RESOLUCIÓ DE L'EXPEDIENT

## FINALITZACIÓ DEL PROCEDIMENT DISCIPLINARI (art. 53 Decret 243/1995)

### CONTINGUT DE LA RESOLUCIÓ SANCIONADORA

7-2) Si finalment **NO S'IMPOSA SANCIÓ** l'òrgan sancionador podrà acordar:

1) **La inexistència acreditada dels fets comesos i/o de la responsabilitat de l'empleat expedientat**

- S'acordarà NO imposar cap sanció i arxivar l'expedient. A més, caldrà fer les declaracions pertinents en ordre a les mesures provisionals adoptades

2) **Declarar la responsabilitat de l'expedientat però sense imposició de sanció per estar prescrits els fets punibles**

- La resolució declararà l'existència de responsabilitat de l'expedientat en els fets infractors però NO imposarà cap sanció per estar els fets prescrits (extinció de la responsabilitat)

- S'acordarà l'arxiu de les actuacions sense fer cap tipus d'anotació al registre de personal (NO tindrà cap efecte per a l'apreciació d'una possible reincidència)

# FASE DE RESOLUCIÓ DE L'EXPEDIENT

## FINALITZACIÓ DEL PROCEDIMENT DISCIPLINARI (art. 53 Decret 243/1995)

### NOTIFICACIONS DE LA RESOLUCIÓ SANCIONADORA (arts. 53 i 56 Decret 243/1995)

**La resolució sancionadora s'ha de notificar o comunicar:**

1) L'**expedientat** amb indicació dels recursos que es poden interposar, l'òrgan davant el qual s'han de presentar i els terminis per interposar-los

2) El **denunciant** en aquells casos que el procediment disciplinari s'hagi iniciat com a conseqüència de denuncia

3) L'**instructor i secretari** de l'expedient (no està regulat al reglament)

# FASE DE RESOLUCIÓ DE L'EXPEDIENT

## FINALITZACIÓ DEL PROCEDIMENT DISCIPLINARI (art. 53 Decret 243/1995)

### NOTIFICACIONS DE LA RESOLUCIÓ SANCIONADORA (arts. 53 i 56 Decret 243/1995)

**De la resolució sancionadora s'haurà de donar compte o informar a:**

4) **Òrgans** de **representació del personal** (funcionari o laboral segons el cas)

Se'ls ha de donar compte del resultat de TOTS els expedients disciplinaris (art. 56 Decret 243/1995) i ser informats de la sancions molt greus que s'imposin (art.40 EBEP i art.64 ET)

5) Resta de **persones o òrgans** a qui segons **l'Acord de condicions** (o conveni col·lectiu en el cas del personal laboral) se'ls hagi de notificar aquest tipus de resolucions

Els termes "donar compte" i "ser informats" tindrien un contingut més restringit que no comportaria l'obligació de notificar la resolució sancionadora íntegra sinó únicament una comunicació que contingui la referència del procediment disciplinari tramitat, la persona afectada, la falta comesa i la sanció imposada

# MODEL DE RESOLUCIÓ SANCIONADORA



I. En data ..... el Decret de la Alcaldia va resoldre incoar expedient disciplinari al Sr. ....., funcionari de la plantilla d'aquest Ajuntament amb la categoria de ..... a l'efecte d'esbrinar la realitat i abast dels fets esdevinguts el passat dia ..... i que denotaven unes conductes presumptament punibles consistents en ....., les quals podien ser qualificades com a faltes administratives així com per determinar, si escau, les possibles responsabilitats susceptibles de sanció en què hagués pogut incórrer el Sr. .....  en  relació amb les conductes imputades.

II. En el mateix decret d'incoació es va designar com a instructor de l'expedient al Sr. .... i com a secretària a la Sra. ...., funcionària d'aquest Ajuntament amb la categoria de .... Aquest decret d'incoació va ser notificat en forma al presumpte inculpat i que no va recusar les designacions realitzades de l'instructor i la secretària.

III. ATÈS que l'instructor ha dut a terme les actuacions necessàries per tal de comprovar i determinar si les conductes imputades al Sr..... podien ésser constitutives de faltes administratives i finalitzada la tramitació de la instrucció, amb estricta observança de tots els requisits legals, ha procedit a formular la proposta de resolució que tot seguit es transcriu:

"Transcripció literal de la proposta de resolució "

IV. De conformitat amb allò que preveu l'article 49.2 del Decret 243/1995, la proposta de resolució es va notificar en forma a l'interessat, qui en data ..... va remetre a aquesta Corporació, per correu administratiu, un escrit d'al·legacions en el qual va al·legar que .....

... / ...

V. En relació a les al·legacions consistents en ..... cal dir que ja es van plantejar a l'escrit d'al·legacions al plec de càrrecs i que han estat resoltes a la proposat de resolució de l'instructor.

VI. Pel que fa a les al·legacions consistents en ..... de la prova practicada a les actuacions queda acreditat que .....

VII. Pel que fa a la tipificació de les faltes i sancions proposada per l'instructor, aquesta Alcaldia assumeix com a propis els raonaments i valoracions exposats a la proposta de resolució per la seva objectivitat . Per tant, a la vista de les circumstàncies regulades a l'article ....., per l'aplicació estricta del principi de proporcionalitat i de moderació en l'ús de la facultat sancionadora, s'estima adient la imposició al Sr. .... d'una sanció de .....de conformitat amb l'article .....

VIII. **(SI SÓN POLICIES)** De conformitat amb allò que disposa l'article 54.3 de la Llei 16/1991 de policies locals de Catalunya en relació a l'article 53.1. j) del Decret Legislatiu 2/2003 de 28 d'abril, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya, la competència per imposar sancions per faltes greus als membres de la policia local correspon al Ple / l'Alcalde (o, segons el cas, a la persona en que aquest delegui)

VIII. **(RESTA DE FUNCIONARIS)** De conformitat amb allò que disposa l'article 21.1.h) de la Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases del règim local així com l'article 53.1.i) del Decret legislatiu 2/2003, de 28 d'abril, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya, la competència per imposar sancions al personal laboral de l'Ajuntament correspon a l'Alcalde com a cap de personal.

IX. Aquesta resolució és definitiva en via administrativa de conformitat amb allò que disposa l'article 109.c) de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, en relació amb l'article 52.2.a) de la Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases de règim local.

En virtut de tot això i en ús de les facultats que tinc conferides,

**RESOLC**

**Primer.** IMPOSAR al funcionari Sr....., la sanció de ....., prevista a l'article ..... per la comissió, en concepte d'autor / inductor / encobridor d'una falta lleu / greu / molt greu tipificada a l'article .....d'aquesta mateixa norma, consistent en .....

**Segon.** IMPOSAR al funcionari Sr. ..... la sanció de ....., prevista a l'article ..... per la comissió d'una falta greu tipificada a l'article 49.b) de d'aquesta mateixa norma, consistent en .....

**Tercer**. **OPCIÓ 1 recomanada només per executar sancions lleus de policies locals:** La sanció imposada s'executarà des del dia .... fins al dia .....(ambdós inclosos) de conformitat amb allò que disposa l'article 35 del Decret 179/2015.

**OPCIÓ 2 (recomanada): L'execució de la sanció imposada es disposarà, un cop que aquesta resolució hagi guanyat fermesa en via administrativa i/o judicial i la situació administrativa del sancionat ho permeti, fixant les dates de compliment de manera que no perjudiquin la prestació del servei ni excedeixin dels terminis legals de prescripció de la sanció.**

... / ...

... / ...

**Quart.** NOTIFICAR aquesta resolució a l'interessat, a l'instructor i a la secretària de l'expedient, així com donar compte de la mateix als òrgans de representació del personal funcionari

**Cinquè. EN ELS SUPÒSITS DE SEPARACIÓ DEL SERVEI O ACOMIADAMENT:** Donar compte al Ple en la primera sessió que es celebri de la sanció de ...

separació del servei imposada al funcionari Sr. ..... / acomiadament imposada al treballador Sr.....

LLOC, DATA I SIGNATURA ALCALDE

PEU DE RECURS

Contra aquesta resolució, que és definitiva en via administrativa, es podrà interposar amb caràcter potestatiu recurs de reposició davant l'òrgan que l'ha dictada, en el termini d'un mes a comptar des del dia següent a la recepció d'aquesta notificació.

Contra la desestimació expressa del recurs de reposició, en el seu cas, o bé directament contra aquesta resolució, es podrà interposar recurs contenciós administratiu davant els jutjats contenciosos administratius de la província de Barcelona, en el termini de dos mesos a comptar des del dia següent al de la recepció de la notificació corresponent. Alternativament, si el vostre domicili és en una altra província, el recurs contenciós podrà interposar-se davant els jutjats contenciosos administratius amb competència territorial a la província de la localitat on residiu.

En cas que la desestimació del recurs de reposició es produís per silenci administratiu -silenci que es produeix pel transcurs d'un mes a comptar des de la data de la seva interposició sense que s'hagi notificat la seva resolució- el termini per a la interposició del recurs contenciós administratiu serà de sis mesos a comptar des de l'endemà del dia en què el referit recurs de reposició s'entengui desestimat.

# FASE DE RESOLUCIÓ DE L'EXPEDIENT

## CADUCITAT DE L'EXPEDIENT DISCIPLINARI (art. 118.1 DL 1/1997)

La **durada màxima** de la tramitació de l'expedient és **6 mesos** comptats des de la data d'incoació fins a la data de notificació de la resolució sancionadora a l'expedientat (TSJ Catalunya 22.7.2004), excepte:

1) Que l'Administració justifiqui pròrroga expressa; o bé ...

2) Que hagi conducta dilatòria inculpat

Aquest termini podrà ser ampliat fins a **3 MESOS màxim** per l'òrgan competent per resoldre l'expedient disciplinari (Llei catalana 26/2010)

A partir d'octubre 2016: Un cop esgotats els mitjans personals i materials disponibles, l'òrgan competent per resoldre podrà acordar de forma motivada l'ampliació del termini màxim de resolució i notificació que no podrà ser superior a l'establert per a la tramitació del procediment, **6 mesos** (Llei estatal 39/2015)

La caducitat de l'expedient no impedirà obrir un de nou si no ha prescrit la infracció comesa (TS 26.2.2002)

Però els expedients caducats NO interrompran els terminis de prescripció

# 2a sessió

# 04/11/16

## La protecció dels empleats públics temporals en cas d'extinció de la relació laboral: Anàlisi de la darrera jurisprudència europea i espanyola sobre aquesta matèria i impactes futurs

Principals canvis produïts en la figura del funcionari interí arran de la recent jurisprudència comunitària i perspectives de futur.
**Josefa Cantero,** professora titular de Dret Administratiu de la Universitat de Castella La Manxa.

La indemnització davant l'extinció dels contractes laborals interins al sector públic: Anàlisi de la sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea de 14 de setembre de 2016 i del TSJ de Madrid de 5 d'octubre de 2016.
**Joan Agustí,** magistrat titular del Jutjat Social número 33 de Barcelona.

**Secció de Pràctica Jurídica**
El procediment administratiu de la negociació col·lectiva de l'administració local.
**Iván Curto Esteve,** cap del Servei de Recursos humans de l'Ajuntament de Montcada i Reixac.

En aquesta sessió s'abordarà la problemàtica del personal laboral temporal i dels funcionaris interins de les Administracions Públiques en el moment de l'extinció del contracte temporal de treball d'interinitat o de la finalització de la relació administrativa de serveis arran de la interpretació realitzada pel TJUE de la Directiva 1999/70/CE del Consell, de 28 de juny de 1999, relativa a l'Acord marc de la CES, la UNICE i el CEEP sobre el treball de durada determinada respecte a la protecció que mereixen els empleats públics temporals i la seva no discriminació sobre els indefinits.

L'existència d'un cada vegada més elevat nombre d'empleats públics temporals sota la modalitat interina a causa de les importants dificultats d'aprovar en els darrers anys ofertes públiques d'ocupació i l'impacte produït per la recent jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea –fonamentalment les 3 sentències dictades pel TJUE el passat 14 de setembre de 2016 i l'Auto de 21 de setembre del 2016- i pel Tribunal Superior de Justícia de Madrid respecte quina és la protecció que correspon als empleats temporals en cas d'extinció de la relació laboral o administrativa seran objecte d'anàlisi des de la perspectiva laboral i administrativa respectivament.

**M. Carme Noguer**
Directora del seminari i cap de Recursos Humans de l'Ajuntament de Manlleu

# PRINCIPALES CAMBIOS PRODUCIDOS EN LA FIGURA DEL FUNCIONARIO INTERINO EN VIRTUD DE LA RECIENTE JURISPRUDENCIA COMUNITARIA Y PERSPECTIVAS DE FUTURO[1]

**Josefa Cantero Martínez**
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Castilla-La Mancha

A MODO DE INTRODUCCIÓN: EL INTERINAJE Y LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA ..... 1

LA UTILIZACIÓN DEL INTERINO EN LA ADMINISTRACIÓN: SU NOMBRAMIENTO CAUSAL ..... 4

LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA COMUNITARIA Y EL PRINCIPIO DE TRATO IGUALITARIO DE FUNCIONARIOS INTERINOS Y DE CARRERA. ALGUNOS CONCEPTOS BÁSICOS. ..... 9

*A) El concepto de "comparabilidad" entre las situaciones del funcionario interino y el de carrera ..... 11*
*B) El concepto comunitario de "razones objetivas" ..... 12*

CONSECUENCIAS DE ESTA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA: EXTENSIÓN DE LOS DERECHOS DEL FUNCIONARIO INTERINO ..... 12

*1. EN EL RECONOCIMIENTO DE LA ANTIGÜEDAD Y LOS TRIENIOS ..... 12*
*2. EN EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE CARRERA HORIZONTAL Y DE LOS CORRESPONDIENTES INCENTIVOS O COMPLEMENTOS RETRIBUTIVOS ..... 14*
*3. EN EL RECONOCIMIENTO DE LOS "SERVICIOS PREVIOS" A LOS EFECTOS DEL CÓMPUTO DEL TIEMPO PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA PROMOCIÓN INTERNA ..... 18*
*4. ¿DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN POR CESE? LA APLICACIÓN DE MEDIDAS EQUIVALENTES A LA TRANSFORMACIÓN DE LOS CONTRATOS LABORALES EN INDEFINIDOS EN CASO DE NOMBRAMIENTOS ABUSIVOS DE FUNCIONARIOS INTERINOS O DE PERSONAL EVENTUAL ESTATUTARIO. ..... 19*

A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿Y AHORA QUÉ? ..... 25

## A MODO DE INTRODUCCIÓN: EL INTERINAJE Y LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

El funcionario interino es una de las modalidades de empleados públicos que se caracteriza por el carácter temporal y público de su vínculo con la Administración. Clásicamente el interino ha sido concebido como el sustituto del funcionario de carrera, aunque en los últimos años -bien es cierto- se ha desvirtuado sensiblemente esta especial naturaleza jurídica para ampliarla a otros supuestos autónomos que no requieren la previa vinculación con un funcionario de carrera o con un puesto vacante. A diferencia de lo que ocurre con el resto de empleados públicos sometidos al Derecho Laboral, el interino se vincula a la Administración a través de un acto administrativo de naturaleza unilateral, esto es, un nombramiento, y no en virtud de un contrato de trabajo. A partir de ahí, se somete a un régimen público, de Derecho Administrativo, y los posibles conflictos que surjan con su empleadora, la Administración Pública, serán conocidos por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

[1] Documento de trabajo para el debate en el Aula de actualización en función pública. Barcelona. 4 de noviembre de 2016.

El régimen jurídico del interino se encuentra actualmente en una encrucijada. Hemos construido su régimen jurídico basándonos principalmente en la mera naturaleza temporal de su vínculo con la Administración y a partir de ahí hemos decidido si aplicábamos el resto de instituciones aplicables a los funcionarios de carrera (derechos retributivos, antigüedad, reconocimiento de servicios, carrera horizontal, complementos o incentivos de carrera, situaciones administrativas, etc.). Acontece, sin embargo, que este parámetro ya no nos sirve. Todo este edificio se está viniendo abajo como consecuencia directa de la política social comunitaria, de la extensión de su carácter tuitivo y protector también a la figura del interino, provocada fundamentalmente por los abusos en el nombramiento de funcionarios interinos y de personal estatutario temporal y por una loable idea de justicia social, que es la que subyace en toda esta jurisprudencia comunitaria.

Ello ha venido fundamentalmente de la mano de la ***Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la Confederación europea de sindicatos, la Unión de confederaciones de industria y empleadores de Europa y el Centro europeo de la empresa pública sobre el trabajo de duración determinada***[2], que, recogiendo el acuerdo de los interlocutores sociales europeos, parte de un principio básico establecido en su cláusula 4.1: por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con contratos de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas.

Dicha Directiva se aplica a todas las relaciones de servicio de duración determinada, independientemente de la naturaleza pública o privada del empleador. Es decir, afecta de lleno al personal laboral contratado por la Administración, a los funcionarios interinos, al personal eventual y al personal estatutario de carácter temporal de los servicios de salud. Exige que se excluya toda diferencia de trato entre los funcionarios de carrera y los funcionarios interinos comparables basada en el mero hecho de que éstos tienen una relación de servicio de duración determinada, a menos que razones objetivas justifiquen un trato diferente (STSJ de la Unión Europea de 8 de septiembre de 2011, Sala Segunda, asunto Rosado Santana, C-177/10, argumento 62 o Sentencia del Tribunal Constitucional 71/2016, de 14 de abril, por citar tan sólo algunas de ellas). Ello está teniendo importantes repercusiones en el régimen jurídico de los funcionarios interinos, igualándose su marco de derechos a los de los funcionarios de carrera.

Es más, podría decirse que la aplicación de este Acuerdo marco y de la jurisprudencia que lo ha interpretado está suponiendo toda una revolución en esta materia. El interinaje en la Administración está sometido a importantes transformaciones producidas fundamentalmente por la jurisprudencia social comunitaria cuyas sentencias, por una parte, propenden a su asimilación con el régimen jurídico del funcionario de carrera y, por otra, explicitan y amplían también para el personal funcionarial temporal el carácter tuitivo y protector que caracteriza el Derecho Laboral[3]. De hecho, la última línea jurisprudencial recaída en tres importantes Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de septiembre de 2016, así lo evidencia[4]. Por una parte, ha previsto para los contratados laborales interinos de la Administración una indemnización por cese similar a la que se aplicaría a los empleados fijos comparables si fueran despedidos (**asunto C-596/14, De Diego Porras**). Por otra parte, ha considerado incompatible con el Acuerdo Marco la adopción abusiva de sucesivos nombramientos temporales en la Administración, ya sea como funcionario interino o como personal estatutario eventual, señalando la obligación del Estado español de adoptar medidas eficaces para sancionar estas prácticas, equivalentes a las que ya se han

---

[2] En adelante nos referiremos a ella como Acuerdo marco.

[3] Así, por ejemplo, la STS de 22 de septiembre de 2016, dictada en unificación de doctrina, permite al funcionario interino que sea sometido a una reducción de jornada y suelo disfrutar del derecho al desempleo parcial, al igual que ocurre con los contratados laborales interinos.

[4] GARCÍA MURCIA, Joaquín, El trabajo temporal ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: a propósito de tres llamativas sentencias de septiembre de 2016*, en* La Ley, *nº 41, de 31 de octubre de 2016, interpreta también que estas sentencias proponen una* «asimilación» del personal de régimen administrativo al personal laboral a efectos de aplicación del concepto de «trabajador indefinido no fijo».

establecido en el ámbito laboral (**asuntos C-16/15, Pérez López y C-197/15, Castrejana López).** Aunque no la impone, el Tribunal admite, por vez primera y de forma expresa, la posibilidad de que los jueces y tribunales de lo Contencioso-Administrativo puedan, por analogía, extrapolar al ámbito funcionarial la sanción prevista en el ámbito laboral consistente en la conversión del contrato temporal irregular en un contrato indefinido. El análisis de esta última jurisprudencia y de las posibles soluciones que en ella se apuntan bien merece una reflexión porque abre un nuevo escenario de incertidumbre sobre cómo aplicar estos pronunciamientos.

Las consecuencias de todos estos cambios son muy importantes. Por una parte, se está ampliando notablemente su ámbito de derechos, especialmente los derechos retributivos y de carrera profesional. Pero, por otra, las consecuencias de la nueva jurisprudencia van a exigir cambios normativos importantes y soluciones que pueden ser muy costosas para la Administración y que, en todo caso, sitúan a los gestores y responsables de los recursos humanos ante una situación de gran inseguridad jurídica. Esta situación se ve además notablemente agravada si tenemos en cuenta el notabilísimo incremento del número de funcionarios interinos en todas las Administraciones Públicas, la desnaturalización que se ha producido de esta figura y los nefastos efectos de las políticas de ahorro en gasto de personal que se han venido adoptando en los últimos años como consecuencia directa de la crisis, especialmente las relativas a la congelación de la oferta de empleo público, que han llevado a un aumento inusitado de la utilización de esta figura[5]. La consecuencia de todo ello ha sido un considerable agravamiento de lo que podríamos denominar "precarización" de las Administraciones Públicas[6]. Con ello se ha agudizado lo que ya era un problema y que sólo ahora ha empezado a ser corregido de forma incisiva con la última jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En fin, esta última jurisprudencia ha tenido un gran impacto mediático y social. Ha abierto importantes expectativas para los interinos y, a la vez, causado una gran alarma social por las consecuencias económicas tan importantes que producirían para la Administración. Tal vez, la más polémica -por sus efectos inmediatos, fundamentalmente- ha sido la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016, (Sala Décima), **asunto C‑596/14, De Diego Porras**, que parece haber creado un nuevo derecho indemnizatorio para los <u>empleados públicos laborales que mantengan un contrato de interinidad por sustitución</u>. Cuando cesen tendrán derecho a una indemnización de 20 días de salario por año trabajado, al igual que la recibirían los contratados laborales fijos en caso de ser despedidos, tal como se está aplicando ya por la jurisprudencia española. No obstante, dado que esta sentencia sólo afecta a los laborales de la Administración y va a ser objeto de la siguiente ponencia no nos vamos a ocupar de ella[7].

---

[5] Según los datos que aparecen publicados en el *Boletín Estadístico del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, enero de 2016, l*os funcionarios interinos y el personal eventual, que aparecen agrupados en la categoría genérica de "otro personal", suponen el 15,19% de todos los empleados públicos. En el ámbito de la Administración General del Estado este porcentaje se refiere aproximadamente al 16,47%, en el ámbito de la Administración Autonómica al 24,91% y en el ámbito local al 7,74%. Datos referidos al 1 de enero de 2016 (pág. 33). La modalidad relativa a "otro personal" comprende, no obstante, tanto al personal eventual como a los funcionarios interinos, al personal funcionario de plazas no escalafonadas y a otro personal no encuadrado en las tipologías anteriores.
Según CSI-F, en el conjunto de las administraciones públicas hay cerca de 300.000 personas que ocupan un puesto temporal, para cubrir la ausencia total o parcial de un trabajador. La tasa de interinidad es, por tanto, cercana al 11 %, aunque en algunos sectores como la educación o la sanidad alcanza el 20 %.
http://www.abc.es/economia/abci-csi-f-activa-servicios-juridicos-previsibles-conflictos-interinos-201610051631_noticia.html

[6] Y con ello, unas fuertes presiones como colectivo para terminar con las situaciones de temporalidad en la Administración. Así, por ejemplo, en la Comunidad de Madrid se han anunciado que se van a iniciar durante el mes de octubre y noviembre procesos para reconvertir en interinos a más de 5000 trabajadores eventuales de la sanidad pública madrileña.
http://www.expansion.com/economia/funcion-publica/2016/10/05/57f4d0a022601d5b358b4608.html

[7] En este caso se trataba de una empleada del Ministerio de Defensa que había concatenado varios contratos de trabajo de duración determinada. En concreto, la señora De Diego Porras prestó servicios durante más de siete años como secretaria en diversas subdirecciones del Ministerio de Defensa al amparo de varios contratos de interinidad, siendo su situación "comparable" a la de un trabajador fijo. Con motivo de su cese por la reincorporación a su plaza de un liberado sindical, interpuso un recurso ante el Juzgado de lo Social n.º 1 de Madrid en el que impugnaba tanto la legalidad de su contrato de trabajo como las condiciones de finalización de éste. Al ser desestimado interpuso recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, alegando

Ese mismo día, la misma Sala dictó dos sentencias más sobre funcionarios interinos y personal eventual de la Administración sanitaria que declaran que el régimen actual previsto en nuestro ordenamiento funcionarial no es compatible con las exigencias que derivan del Acuerdo marco. Estas dos sentencias parecen haber tenido una repercusión mediática inferior. A mi juicio, no porque sean menos importantes o revolucionarias que la otra, sino porque sus efectos y consecuencias para el empleo público todavía están por dibujar. Ambas apuntan a que una de las posibilidades que tiene nuestro ordenamiento para sancionar el uso fraudulento y abusivo de los nombramientos temporales bien pudiera ser la solución apuntada para el empleado laboral de conversión de su contrato temporal en un contrato de trabajo indefinido. Esta figura, de creación jurisprudencial, a día de hoy sólo existe en el ámbito laboral, no en el funcionarial. A partir de ahí son muchas las dudas que se plantean. ¿Crearemos una figura similar de "funcionario interino indefinido"? De toda esta evolución jurisprudencial y de sus posibles consecuencias pretendo ocuparme en las siguientes páginas.

## LA UTILIZACIÓN DEL INTERINO EN LA ADMINISTRACIÓN: SU NOMBRAMIENTO CAUSAL

El actual marco jurídico del interinaje funcionarial es muy completo, sobre todo si lo comparamos con el establecido en la legislación precedente, en el art. 5 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964, Texto Articulado aprobado por Decreto 315/1964, de 7 de febrero. La Administración sólo puede recurrir a la figura del interino para el desempeño de funciones propias del funcionario de carrera y por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia (art. 10 del *Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre de 2015, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, en adelante, TRLEBEP). Se diferencian de los funcionarios de carrera porque les falta el elemento de permanencia en la función, que es característico de los funcionarios de carrera y sobre esta nota básicamente hemos edificado todo su régimen jurídico.

Los funcionarios interinos carecen de vinculación permanente y, en consecuencia, la jurisprudencia ha considerado que no pueden ser equiparados con los funcionarios de carrera (STSJ de Madrid de 4 de mayo de 2015, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª). Esa transitoriedad propia del nombramiento de los funcionarios interinos, así como la exigencia de que su nombramiento obedezca a razones justificadas de necesidad y urgencia, incide necesariamente en la forma en que tales funcionarios han de ser elegidos y nombrados, puesto que si van a ocupar temporalmente y por razones de urgencia plazas destinadas a los funcionarios de carrera, el procedimiento para su designación deberá materializarse de tal forma que esa características puedan ser cumplidas, lo que conduce a que el procedimiento de selección deba ser ágil, ya que en otro caso, tales nombramientos perderían su razón de ser. Este planteamiento, por ejemplo, ha llevado a la STSJ de Valencia de 17 de junio de 2015, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección2ª, a anular un procedimiento de selección de interinos que había previsto un período de prácticas previo para su nombramiento.

---

que los contratos de interinidad mediante los que fue contratada se celebraron en fraude de ley y que su relación laboral debía convertirse en indefinida por lo que, en consecuencia, la extinción de tal relación debía implicar el pago de una indemnización. El Tribunal plantea una cuestión prejudicial sobre la compatibilidad de la normativa española, del art. 15 del Estatuto de los Trabajadores, con el principio de no discriminación que se establece en la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada. Concluye que la normativa sobre el contrato de interinaje, en la medida en que "deniega cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización, en particular, a los trabajadores fijos comparables" resulta incompatible con el Acuerdo Marco. Esta línea jurisprudencial ya está teniendo su reflejo en nuestro ordenamiento. Así, la STSJ de Madrid, de 5 de octubre de 2016, Sección nº 03 de lo Social, sentencia número 613/2016-CB, ha declarado que no se puede discriminar a la señora De Diego Porras, por lo que tiene derecho a igual indemnización que tendría un trabajador fijo comparable por la extinción de su contrato por causas objetivas, esto es, veinte días por año de trabajo, según lo dispuesto en el artículo 53.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, porque la extinción de su contrato es procedente. En consecuencia, condena al Ministerio a pagar 6.141,85 € en concepto de indemnización.

Con buen criterio, la Sala considera que el período de prácticas no está configurado en la normativa que lo regula para que sea desempeñado por quienes conforman una bolsa de trabajo para ser designados, en su caso, como funcionarios interinos, sino que está previsto para los aspirantes que hayan superado una oposición o concurso oposición. En el caso de los interinos la selección se suele hacer a través de la conformación de bolsas de trabajo constituidas en la mayoría de los casos por quienes no han llegado a superar la totalidad de los exámenes de la oposición o concurso-oposición. Por ello, dada la agilidad que exige la ley para el nombramiento de interinos, se concluye que establecer un período de prácticas previo al nombramiento de los funcionarios interinos es contrario tanto a la naturaleza propia de esta figura funcionarial de empleado público, como a la característica esencial del procedimiento por el que éstos han de ser designados.

De los artículos 9 y 10 del TRLEBEP, tal como ha expresado la STSJ de Valencia de 17 de junio de 2015, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, se desprende que, *<<mientras los funcionarios de carrera están vinculados a la Administración Pública a través de una relación estatutaria sujeta al Derecho Administrativo, para la prestación de servicios retribuidos de carácter permanente, siendo tal carácter permanente una de las notas definitorias de su régimen jurídico, los funcionarios interinos se caracterizan precisamente por lo contrario, es decir, por estar vinculados a la Administración Pública para el desempeño de servicios profesionales retribuidos en los supuestos tasados previstos en la ley, cuya nota común es la temporalidad, y sólo cuando existan razones fundadas de necesidad y urgencia. Y así la dicción literal de los supuestos tasados en la ley en los que cabe el nombramiento de los funcionarios interinos hace referencia expresamente al carácter temporal de la ocupación de las plazas destinadas a los funcionarios de carrera, al utilizar expresiones como "sustitución transitoria", "plazo máximo de seis meses, dentro de un período de doce", "programas de carácter temporal", y existencia de vacantes mientras no puedan ser ocupadas por funcionarios de carrera>>*.

Como dirá la STSJ de Cataluña de 2 de julio de 2013, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, los rasgos característicos de esta clase de personal son: **la provisionalidad o transitoriedad de la relación de servicio pues se trata de cubrir una necesidad transitoria de la Administración; y que los puestos de trabajo a desempeñar son los propios del funcionario, por lo que no pueden cubrirse mediante contratos temporales. El funcionario interino participa de manera temporal en la Función Pública, pero no se incorpora de manera definitiva a la misma. Estos funcionarios interinos no participan de la seguridad en el empleo.**

La figura del funcionario interino está intensamente regulada, especialmente en lo relativo a su nombramiento y cese. Dado que se trata de una figura temporal, su nombramiento debe realizarse cuando concurra alguna de las causas tasadas previstas y atendiendo a procedimientos ágiles pero que, en todo caso, deben respetar también los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

El legislador ha establecido un nombramiento "causal". Sólo se puede nombrar legalmente a un interino cuando la Administración se encuentre con alguno de estos cuatro supuestos tasados:

a) La existencia de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera.

b) La sustitución transitoria de los titulares.

c) La ejecución de programas de carácter temporal, que no podrán tener una duración superior a tres años, ampliable hasta doce meses más por las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto[8].

[8] El personal funcionario interino de estos programas no debe ocupar plazas de la relación de puestos de trabajo, lo que no impide que, a efectos de determinar su retribución y condiciones de trabajo, se pueda hacer mención expresa a una concreta plaza, pero ello no significa una cobertura de plaza vacante, pues las consecuencias y la forma del cese son bien distintas. Asimismo, según aclara la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Santander, de 1 de julio de 215, núm. 152/2015, en estos casos, el nombramiento tiene la naturaleza que refleja el acto administrativo, vinculado a un determinado programa con su correspondiente memoria, con una fecha de efectos y, tras esa fecha, se produce el cese automáticamente. Por ello, no existe

d) El exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un periodo de doce meses.

Puede decirse que nuestro legislador ha regulado el régimen jurídico de la interinidad con gran detalle. Estos nombramientos únicamente están justificados en casos excepcionales de indudable y estricta necesidad, en los que resulte inaplazable la cobertura de un puesto, y que los mismos sólo se pueden realizar por un tiempo determinado, que será el imprescindible para que las plazas correspondientes puedan cubrirse por funcionarios de carrera.

El legislador ha previsto también **las causas del cese** y determinadas previsiones que limitan las potestades autoorganizatorias de la Administración en los nombramientos. Como regla general, el cese tiene que producirse cuando finalice la causa que motivó el nombramiento y, en su caso, cuando se produce alguno de los supuestos tasados que motivan la extinción del vínculo que une a los funcionarios de carrera con la Administración.

Como ha expresado la STSJ de Cataluña de 2 de abril de 2014, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección4ª, "*Es bien sabido como la interinidad es un sistema excepcional de provisión de puestos de trabajo que se lleva a cabo de forma no permanente y en atención a razones de urgencia. La interinidad no supone nunca permanencia, sino provisionalidad o temporalidad en el desempeño de una determinada función, en atención a las circunstancias objetivas que pueden concurrir y siendo precisa su provisión, la Administración Pública acude a la interinidad hasta que se cubra la plaza por el procedimiento de provisión que corresponda y por funcionario de carrera. La situación de interinidad, provisional por su propia naturaleza, puede cesar en cualquier momento, sin que existan garantías ni compromiso alguno por parte de la Administración Pública de su prolongación en el tiempo*".

Si se trata de nombramiento de interinos para la cobertura de plazas vacantes existe un mandato imperativo para la Administración. O bien la Administración amortiza dicha plaza o bien está obligada a incluirla en la oferta de empleo público correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento y, si no fuera posible, en la del siguiente ejercicio. Obligar a la Administración a incluir estas plazas en la oferta de empleo público es la medida idónea para evitar el abuso de esta figura de interinaje y cumplir con las exigencias establecidas en la cláusula 5 del Acuerdo marco comunitario.

La crisis económica, no obstante, ha afectado de modo considerable a este supuesto al establecer prohibiciones y limitaciones de incorporación de nuevo personal a la función pública. Como ha declarado de forma inconcusa la doctrina del Tribunal Constitucional, entre otras muchas en la STC 178/2006, de 6 de junio, la Ley de Presupuestos Generales del Estado para cada ejercicio es un instrumento idóneo para limitar la oferta de empleo público como medida de política económica. A partir de ahí, la jurisprudencia ha considerado que la obligación establecida en el art. 10.4 del EBEP de incluir en la OPE las plazas vacantes ocupadas por interinos se vería temporalmente desplazada por las limitaciones que anualmente puedan establecer las correspondientes leyes de presupuestos generales del Estado y la tasa de reposición del empleo público para el período de vigencia que puedan establecer[9]. Para esos períodos no operaría el mandato contenido en el art. 10.4 del EBEP (STS de 2 diciembre 2015, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª). Estas limitaciones son especialmente polémicas y gravosas para la función

---

desviación de poder ni voluntad de sustituir un funcionario por otro cuando la Administración decide nombrar a otro funcionario para llevar a cabo un programa similar. El cese se produce por expiración del plazo de vigencia del nombramiento y el programa que servía de causa.

[9] Según dicha Sentencia, tampoco se infringe lo establecido en el artículo 23.2 de la CE por el solo hecho de prohibir la incorporación de nuevo personal al sector público durante 2014. El citado precepto reconoce del derecho de acceso a los cargos y funciones públicas en condiciones de igualdad, pero se refiere al acceso cuando se produzcan las convocatorias correspondientes, y siempre con arreglo a los requisitos que determinen las Leyes, uno de los cuales es que autorice la incorporación de nuevo personal con arreglo a la OEP y se efectúen las correspondientes convocatorias.

pública. No responden exactamente a motivos económicos porque en realidad no suponen un ahorro directo al estar ya esos puestos ocupados por vacantes[10].

Esta política, que está pensada para reducir drásticamente el empleo público, ha sido nefasta. Desnaturaliza la estructura de nuestro sistema de incorporación en condiciones de mérito e igualdad a la función pública, permitiendo que el personal interino se mantenga indefinidamente en su puesto de trabajo, sin permitir que adquiera la condición de funcionario a quien demuestre tener más mérito y capacidad y así lo acredite en un proceso en condiciones de igualdad. Desnaturaliza también la institución del interinaje que, como hemos señalado, se caracteriza por su carácter estrictamente temporal. Conduce directamente hacia la figura que se ha dado en denominar "interino de larga duración". El propio Tribunal Constitucional mencionó esta expresión para referirse en ese supuesto concreto a una funcionaria que había prestado servicios en la Administración durante más de 5 años[11]. El hecho de que la Ley de Presupuestos correspondiente no permita sacar en la oferta de empleo público las plazas vacantes ocupadas por interinos permite que la Administración pueda cubrir todas las plazas vacantes con este tipo de funcionarios, sin límite en cuanto a su incorporación y cese, convirtiendo en ordinaria la provisión del puesto por interino, cuando es claramente extraordinaria (STSJ de Aragón de 9 de diciembre de 2015, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección1ª).

En los supuestos de nombramiento de un interino por sustitución de un funcionario de carrera, el cese se suele producir cuando se produce la incorporación del funcionario titular. También es posible el cese de un funcionario interino por sustitución cuando la Administración en virtud de su potestad de autoorganización justifique de forma motivada que han desaparecido las razones de necesidad y urgencia que motivaron el nombramiento y que constituyeron los presupuestos habilitantes de este (STSJ de Cataluña de 2 de julio de 2013, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección4ª).

También se han introducido limitaciones temporales para el nombramiento de interinos en los otros dos supuestos, aunque también se ha flexibilizado considerablemente su utilización. En realidad, la introducción de la figura del interinaje para la realización de programas temporales y por acumulación de tareas fue una forma de funcionarizar o de "publificar" lo que de otra manera deberían ser contratos laborales temporales, especialmente contratos para obra o servicio determinados. El interinaje ha resultado especialmente cómodo para la Administración por la propia flexibilidad que permite el Derecho público y porque no genera derechos patrimoniales para el funcionario que ocupa la plaza. Es, al fin y al cabo, una forma de reintroducir en la Administración una figura similar al ya extinto "contrato administrativo", que fue suprimido porque dejaba a los empleados en una situación de absoluta precariedad.

Pues bien, ante la necesidad de cumplir con los objetivos de la Directiva comunitaria, con la *Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa,* se introdujeron importantes novedades en el régimen jurídico de estos interinos, que han sido absorbidas por el Texto Refundido de la Ley del EBEP de 2015. Así, por una parte, se concretaba la duración máxima del nombramiento para los supuestos de ejecución de programas temporales (tres años ampliables por ley a

---

[10] En este sentido, e incluso a la vista de lo razonado por el Tribunal Supremo, la STSJ de Aragón de 9 de diciembre de 2015, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, ha estimado la demanda planteada por la Asociación para la Defensa de la Función Pública Aragonesa al considerar que no incluir en la Oferta de empleo público las plazas funcionariales ocupadas en el Presupuesto anterior por interinos, no sólo vulnera el ya reiterado art. 10.4 del EBEP y el art. 7.4 de la Ley aragonesa de función pública, sino que también constituye una práctica contraria al principio de igualdad en el acceso a las funciones públicas, pues como decía la anterior Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2010, "no hay mayor negación del derecho consagrado en el artículo 23.2 de la Constitución que la negación de los procesos públicos de selección legalmente establecidos". Se ha basado para ello en que la prohibición de incorporación de nuevo personal y el establecimiento de una tasa de reposición prevista en la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el año 2015, no afecta a la obligación de incluir los puestos ocupados por interinos.

[11] Véase OCAÑA ESCOLAR, Luis, "La doctrina del TJUE sobre la Directiva 1999/70 y el colectivo de empleados públicos", en *Temas Laborales*, núm. 118/2013, págs. 203-215.

cuatro) y, por otra, se flexibilizaba notablemente la dependencia funcional de los funcionarios interinos. Tanto en los nombramientos por acumulación de tareas como en los nombramientos para la realización de programas temporales el interino puede desarrollar las funciones, tanto en la unidad administrativa en la que ha sido nombrado como en otras unidades en las que pueda desempeñar funciones análogas, siempre que, respectivamente, dichas unidades participen en el ámbito de aplicación del citado programa de carácter temporal o estén afectadas por la acumulación de tareas.

De esta manera, en un contexto difícil de reducción del gasto público se posibilita que puedan destinarse recursos a aquellas unidades deficitarias de personal. Significa ello que el interino se ha convertido especialmente en estos últimos años en una figura muy cómoda para la Administración, que puede utilizar con amplios márgenes de libertad allí donde necesite personal y que puede cesar cómodamente sin que ello le genere obligación alguna de indemnizar. Su utilización puede resultar incluso ahora mucho más interesante para la Administración para evitar los posibles efectos de la nueva jurisprudencia comunitaria derivada del asunto De Diego Porras para los contratos laborales de interinidad.

Por lo demás, a los funcionarios interinos se les aplica el régimen jurídico de los funcionarios de carrera en la medida en que éste sea adecuado a la naturaleza de su condición. En la práctica, sin embargo, el carácter tuitivo de la jurisprudencia social comunitaria está extendiendo al interino determinadas instituciones que difícilmente serían compatibles con el carácter urgente, temporal y extraordinario que caracteriza a esta figura. Esto es lo que ha sucedido con los trienios o con algunas modalidades de carrera horizontal del funcionario, tales como el percibo de quinquenios docentes o de sexenios de investigación para los funcionarios docentes.

La temporalidad en la Administración es un importante problema que no deja indiferente a ningún colectivo. A pesar de este gran cuidado que se ha tenido en la regulación de esta figura, la experiencia demuestra que la realidad es muy distinta de la que se recoge en este marco legal y existen importantes abusos en la utilización del interinaje. Los abusos de las interinidades en puestos que deben ser desempeñados por funcionarios de carrera, en plazas estructurales, unas veces provocados por el propio legislador y otras buscados conscientemente por la Administración, ha llevado a la creación de un nuevo concepto de "interino de larga duración", lo que no deja de ser una figura que encierra en sí misma una gran contradicción.

Tal como puso de manifiesto el informe del Defensor del Pueblo realizado en el año 2003, todo ello afecta al funcionamiento de la propia Administración y de los organismos públicos y perjudica a todas las partes implicadas. Por una parte, a los funcionarios que han accedido a sus empleos superando unas pruebas selectivas y que ven mermadas sus posibilidades de promoción y de movilidad por la presencia de interinos que ocupan puestos que ellos desearían cubrir y, por otra, a los aspirantes a un primer empleo en el sector público, que observan con preocupación cómo la oferta de empleo público es escasa y no recoge muchas vacantes ocupadas por personal con nombramientos provisionales, a pesar del empeño legal que el legislador ha puesto en ello[12] desde el año 2001 y, por último, al propio personal interino que lleva mucho tiempo desempeñando funciones públicas y que desea, como es lógico, la estabilidad profesional. Se han creado en determinados sectores, especialmente en el ámbito sanitario y educativo, importantes bolsas de personal interino que, atendiendo a sus legítimas y entendibles expectativas, generan gran presión en la Administración para la consolidación de las plazas que ocupan interinamente. La situación descrita evidencia que los responsables públicos han realizado en este ámbito una gestión de los recursos humanos no ajustada, en mayor o menor medida, a los principios de eficacia y eficiencia, que ha creado un entramado de intereses contrapuestos, que da lugar a reivindicaciones contradictorias y, en consecuencia,

[12] Con la Ley 24/2001 se modificó el art. 5 de la Ley de Funcionarios civiles del Estado para obligar a la Administración a incluir en la oferta de empleo público las plazas ocupadas por funcionarios interinos nombrados por razones de necesidad y urgencia. Estas plazas deberían incluirse en la oferta de empleo público inmediatamente posterior a la permanencia de un año del interino en su puesto, salvo que fueran amortizadas, para ser objeto de provisión de acuerdo con los procedimientos establecidos en la Ley, a excepción de las plazas ocupadas por interinos para sustituir a funcionarios con derecho a reserva de puestos de trabajo.

la mayor parte de las veces irreconciliables entre sí[13]. La jurisprudencia comunitaria pretende poner freno a estos abusos, por lo que es previsible que se negocien con los sindicatos cambios de calado en esta materia y, sobre todo, que se vaya poco a poco produciendo un importante cambio cultural en la Administración respecto al modo de hacer las cosas y utilizar la figura del funcionario interino.

## LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA COMUNITARIA Y EL PRINCIPIO DE TRATO IGUALITARIO DE FUNCIONARIOS INTERINOS Y DE CARRERA. ALGUNOS CONCEPTOS BÁSICOS.

El régimen jurídico aplicable al funcionario interino ha sufrido en los últimos años una metamorfosis debido a las consecuencias que se derivan de la interpretación del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada[14]. La normativa europea parte de un principio básico: el derecho a la estabilidad en el empleo se concibe como un componente primordial de la protección de los trabajadores, mientras que los contratos de trabajo de duración determinada o nombramientos de funcionarios interinos o de personal estatutario temporal sólo pueden responder simultáneamente a las necesidades de la Administración y de los empleados en ciertas circunstancias.

Todas las disposiciones contenidas en el Acuerdo marco se aplican también a las modalidades temporales de prestación de servicios en la Administración, con total independencia, pues, de su naturaleza jurídica. Ello significa que los distintos tipos de contratación laboral temporal en las Administraciones Públicas y los nombramientos del personal eventual y los contratos y relaciones laborales de duración determinada celebrados por los órganos de la Administración y demás entidades del sector público deben respetar los principios contenidos en dicho Acuerdo y, entre ellos, resulta esencial el principio de no discriminación y la interpretación que al mismo le ha dado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Así lo han reconocido expresamente, entre otras, las Sentencias de 4 de julio de 2006, Adeneler y otros, C-212/04, apartado 56; de 13 de marzo de 2014, Márquez Samohano, C-190/13, apartado 38; de 3 de julio de 2014, Fiamingo y otros, C-362/13, C-363/13 y C-407/13, apartados 28 y 29; de 26 noviembre de 2014, Mascolo y otros, C-22/13, C-61/13, C-63/13 y C-418/13, apartado 67 y la Sentencia de 14 de septiembre de 2016 (C-16/15), asunto Pérez López, apartados 24 y 25.

El núcleo principal del Acuerdo viene dado por el establecimiento en su cláusula 4 del "**principio de no discriminación**". Según dispone el precepto, por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas. Traducido este principio al ámbito estatutario significa que, el funcionario interino no puede recibir del legislador ni de la Administración un trato menos favorable que el previsto para los funcionarios de carrera. Éste principio ha de convertirse en un criterio básico para los gestores de los recursos humanos en la Administración. Este principio se ha considerado como un principio básico y fundamental de la política social comunitaria, por lo que no puede ser objeto de interpretaciones restrictivas.

Esta nueva regulación tiene como objetivo proteger las relaciones temporales de trabajo para mejorar su calidad. Para ello establece unas condiciones mínimas de protección y las garantías para la aplicación del principio de no discriminación entre el empleado temporal y el fijo en todas las condiciones de trabajo. Se pretende impedir que un vínculo temporal pueda ser utilizado por la Administración para privar a dichos trabajadores (también a funcionarios interinos y personal eventual) de derechos reconocidos a los trabajadores con contrato de duración indefinida o a los funcionarios de carrera.

---

[13] Funcionarios interinos y personal eventual: la provisionalidad y temporalidad en el empleo público, Informe del Defensor del Pueblo, Madrid, 2003, págs. 13 y 14.

[14] Sobre este tema nos remitimos al excelente trabajo de ALDOMÀ BUIXADÉ, Josep, *Aplicación del principio de no discriminación al personal temporal al servicio de la Administración Pública*, nº 8 de la colección de Estudios de Relaciones Laborales, Barcelona, 2015.

Este principio ha sido recogido también expresamente por la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, reformulado en positivo como el "**principio igualitario**" entre trabajadores temporales y fijos y, en consecuencia, también entre funcionarios interinos y de carrera. A él se refieren expresamente, entre otras, las Sentencias del Tribunal Constitucional 104/2004, de 28 de junio, la STC 232/2015, de 5 de noviembre o la STC 71/2016, de 14 de abril. Según esta doctrina constitucional, si bien la duración del contrato no es un factor desdeñable a la hora de establecer ciertas diferencias entre funcionarios interinos y de carrera, las diferencias han de tener su origen en datos objetivos relacionados con la prestación de trabajo o el régimen jurídico del contrato que las expliquen razonablemente. Para establecer distinciones, pues, han de tenerse en cuenta un conjunto de factores, como la naturaleza del trabajo, las condiciones de formación y las condiciones laborales, no siendo suficiente la referencia a la mera naturaleza temporal de la relación de servicio del personal de la Administración Pública. Tampoco la menor dificultad que tiene los procesos selectivos que superan quienes se incorporan con carácter temporal a la Administración pública respecto de los que tienen que superar aquellos que se integran como personal fijo justifica que respecto de estos trabajadores se adopten medidas que no estén justificadas en datos objetivos relacionados con la prestación de trabajo que tienen que desempeñar o que sean consustanciales a la naturaleza temporal de su relación de empleo (STC 71/2016, de 14 de abril). Obviamente, el reto está en hacer compatibles esta aspiración básica con nuestros principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

Como el principio igualitario afecta a todas las condiciones de trabajo entre el funcionario interino y su Administración, el concepto y delimitación de lo que haya de entenderse por "condiciones de trabajo" adquiere un valor esencial a la hora de determinar qué aspectos del régimen jurídico del interino deben ser iguales a los del funcionario de carrera. A ello se referiría indirectamente el art. 10 del TRLEBEB de 2015 al determinar que al funcionario interino se le aplicará el régimen del funcionario de carrera en todo lo que sea compatible con su naturaleza jurídica. Sin embargo, este precepto ha quedado ciertamente desfasado en la medida en que vía jurisprudencial se han reconocido a estos empleados derechos que, al menos en el plano teórico, no serían compatibles con su carácter temporal y de urgencia. Pensemos, por ejemplo, en el reconocimiento de trienios, de quinquenios o de sexenios o en el reconocimiento del nuevo derecho de carrera horizontal prevista en el art. 17 del TRLEBEP.

Nos encontramos aquí con un importante problema para el operador jurídico, para el gestor de los recursos humanos, que puede encontrarse con instituciones que no son compatibles con la naturaleza jurídica del interinaje y que, sin embargo, tendrá que aplicar por mor de la jurisprudencia comunitaria, creando así una situación de grave inseguridad jurídica en la gestión del personal.

Por la influencia del Derecho social comunitario acontece, pues, que esta "compatibilidad" entre ambas naturalezas jurídicas nos va a venir delimitada directamente por la jurisprudencia europea. Se ha considerado que en el concepto jurídico de «condiciones de trabajo», en el sentido de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco, hay que incluir **los trienios** (véanse, en este sentido, las sentencias de 13 de septiembre de 2007, Del Cerro Alonso, C-307/05, EU:C:2007:509, apartado 47, y de 22 de diciembre de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09, EU:C:2010:819, apartados 50 a 58, y el auto de 18 de marzo de 2011), **los sexenios** por formación permanente (véase, en este sentido, el auto de 9 de febrero de 2012, Lorenzo Martínez, C-556/11, apartado 38); **las normas relativas a los períodos de servicio que han de prestarse a efectos de acceder a un grupo superior o al cálculo de los períodos de servicio requeridos para poder ser objeto de un informe de calificación anual** (véase, en este sentido, la sentencia de 8 de septiembre de 2011, Rosado Santana, C-177/10, EU:C:2011:557, apartado 46 y jurisprudencia allí citada). También deben incluirse en este concepto jurídico la carrera horizontal, ya sea el nuevo derecho del interino a participar en un **plan de evaluación, como el derecho a recibir el correspondiente incentivo económico o complemento retributivo** que se derive de ella en caso de evaluación positiva (Álvarez Santirso, Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de septiembre de 2016, asunto C-631/15). En este último asunto ha considerado que la evaluación positiva en el plan de evaluación no tiene ninguna repercusión en el sistema de promoción o de progresión profesional, sino que se traduce exclusivamente en un complemento salarial. A partir de ahí ha concluido que un elemento retributivo en forma de incentivo debe, como condición de trabajo, concederse a un trabajador con contrato de duración

determinada en la misma medida que a un trabajador fijo. Como puede apreciarse, toda esta jurisprudencia sólo tiene sentido cuando el interinaje se desnaturaliza y nos encontramos con un interino de larga duración.

Además de este principio esencial para configurar el nuevo régimen jurídico del funcionario interino, hemos de tener en cuenta el contenido de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco. Este precepto es importante porque a él recurre expresamente la última jurisprudencia comunitaria que vamos a comentar. Impone a los Estados la obligación de adoptar medidas para prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada. Según dispone dicha cláusula, "a efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, introducirán de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, 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".

La jurisprudencia comunitaria sólo admite que la Administración pueda tratar a un funcionario interino (personal eventual o empleado laboral temporal) de forma distinta al funcionario de carrera (o al laboral fijo) si, siendo ambas situaciones jurídicas "comparables", existe una justificación por razones objetivas. Surgen así dos conceptos jurídicos indeterminados que han de ser concretados con especial delicadeza para cada caso específico que se plantee, toda vez que las consecuencias para la Administración y para el funcionario interino pueden ser muy importantes.

**A) El concepto de "comparabilidad" entre las situaciones del funcionario interino y el de carrera**

El concepto de «***trabajador con contrato de duración indefinida comparable***» se define en la cláusula 3, apartado 2, del Acuerdo marco como "un trabajador con un contrato o relación laboral de duración indefinida, en el mismo centro de trabajo, que realice un trabajo u ocupación idéntico o similar, teniendo en cuenta su cualificación y las tareas que desempeña". Su apreciación corresponde a los jueces y tribunales españoles [15]. Para evaluar si el funcionario interino es comparable al funcionario de carrera hay que atender a si ambas figuras realizan un trabajo idéntico o similar en la Administración, habida cuenta de un conjunto de factores, como la naturaleza del trabajo, las condiciones de formación y las condiciones laborales. Así, por ejemplo, en el asunto **Álvarez Santirso,** se trataba de analizar si la situación del profesor interino de un instituto era equiparable a la de los profesores funcionarios de carrera de la Administración educativa asturiana a efectos de determinar sus posibilidades de participación en el modelo de carrera horizontal diseñado por el legislador autonómico y del reconocimiento del correspondiente complemento retributivo que la evaluación positiva llevaba anejo. Según ha considerado el Auto de 21 de septiembre de 2016, asunto C-631/15, se desprende de las indicaciones realizadas en el auto de remisión de la cuestión prejudicial planteada por el órgano jurisdiccional español que "estas dos categorías de profesores ejercen funciones similares y están sometidos a obligaciones idénticas, en particular en lo que atañe a los criterios aplicados en los planes de evaluación referidos a la formación, a la contribución a los objetivos del centro y

[15] Corresponde, en principio, al órgano jurisdiccional remitente, y no al Tribunal de Justicia, pronunciarse sobre si los funcionarios de carrera y los funcionarios interinos se hallan en una situación comparable (véanse, por analogía, el auto de 18 de marzo de 2011, Montoya Medina, C-273/10, apartado 39; las sentencias de 8 de septiembre de 2011, Rosado Santana, C-177/10, EU:C:2011:557, apartado 67, y de 18 de octubre de 2012, Valenza y otros, C-302/11 a C-305/11, EU:C:2012:646, apartado 43 y jurisprudencia citada; el auto de 9 de febrero de 2012, Lorenzo Martínez, C-556/11, y el Auto Álvarez Santirso, de 21 de septiembre de 2016, asunto C-631/15).

a la participación en sus actividades". En consecuencia, la única diferencia entre el funcionario interino y un profesor funcionario candidato a la admisión a un plan de evaluación es la naturaleza temporal de la relación de servicio que le vincula a su empleador, sin que exista una razón objetiva que justifique tal diferencia de trato.

**B) El concepto comunitario de "razones objetivas"**

En este sentido, es preciso tener en cuenta que, a efectos de interpretar el concepto de "razones objetivas" que pueden justificar la diferencia de trato entre el interino y el funcionario de carrera, no es suficiente con que dicha diferencia de trato esté prevista en una "norma nacional general y abstracta o en un convenio colectivo[16]". De hecho, en el asunto Álvarez Santirso este factor de discriminación entre interinos y funcionarios de carrera tenía apoyo en la ley autonómica, que expresamente excluía a los funcionarios interinos del derecho de carrera horizontal. Sin embargo, ello resulta indiferente a efectos comunitarios.

Las razones objetivas a las que se refiere el Acuerdo no equivalen forzosamente a "razones previstas por el legislador" o que hayan sido previamente negociadas con los sindicatos a través de un Pacto, de un Acuerdo o de un convenio colectivo para los empleados laborales temporales de la Administración. Tampoco la mera alegación de la crisis económica y la necesidad de ahorrar pueden ser consideradas como razones objetivas justificadoras de una diferencia de trato. Así, por ejemplo, lo ha considerado la STC 71/2016 de 14 abril. En ella, por ejemplo, ha declarado la inconstitucionalidad de la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2013 en la medida en que, como medida de ahorro ante la situación de crisis económica, había previsto para ese año una reducción de jornada laboral y salario de un 20% para todos los funcionarios interinos y para el personal laboral de la Administración con contrato temporal o indefinido. En este caso es claro que la diferenciación no se establece por razón de la naturaleza del trabajo que se desempeña, sino por el hecho de que este personal no tiene una relación de empleo fija con la Administración, sin que el argumento meramente económico justifique tal medida.

Las soluciones son siempre casuísticas y deben atender a las circunstancias de cada uno de los casos que se planteen. En todo caso, la mera temporalidad del vínculo que une al funcionario interino con la Administración no se puede considerar a efectos comunitarios como una razón objetiva de la diferencia de trato.

## CONSECUENCIAS DE ESTA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA: EXTENSIÓN DE LOS DERECHOS DEL FUNCIONARIO INTERINO

### 1. EN EL RECONOCIMIENTO DE LA ANTIGÜEDAD Y LOS TRIENIOS

Aunque la Directiva disponía de dos años para su transposición, hasta el año 2001, no fue hasta la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, cuando se modificó el régimen relativo a los trienios correspondientes a los servicios prestados por los funcionarios interinos. En su art. 25 establecía por vez primera de forma expresa el reconocimiento de trienios para los interinos por los servicios prestados antes de la entrada en vigor del presente Estatuto, que tendrían efectos retributivos únicamente a partir de la entrada en vigor del mismo.

En este reconocimiento legal fue decisiva la jurisprudencia comunitaria dictada en esta materia. Fundamental fue, por ejemplo, la Sentencia de **Del Cerro Alonso** de 13 de septiembre de 2007, asunto C-307/05, que ha desarrollado la doctrina fundamental sobre la interpretación de la citada cláusula 4,1 del Acuerdo. En ella se planteaba una reclamación de trienios por parte de la señora Del Cerro Alonso, que

[16] Así lo ha considerado la jurisprudencia comunitaria, entre otras muchas, en sus sentencias de 13 de septiembre de 2007, Del Cerro Alonso, C-307/05, EU:C:2007:509, apartado 57, y de 22 de diciembre de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09, EU:C:2010:819, apartado 54; auto de 18 de marzo de 2011, Montoya Medina, C-273/10, EU:C:2011:167, apartado 40; sentencia de 8 de septiembre de 2011, Rosado Santana, C-177/10, EU:C:2011:557, apartado 72, y auto de 9 de febrero de 2012, Lorenzo Martínez, C-556/11, apartado 47).

había sido auxiliar administrativa en diversos hospitales del País Vasco durante más 12 años al momento de solicitar que se le reconocieran sus trienios, hasta que en julio de 2004 obtuvo una plaza como "personal fijo de plantilla".

En dicha sentencia sostuvo el Tribunal que el principio general de no discriminación no puede ser interpretado restrictivamente al perseguir que los trabajadores temporales gocen de las mismas ventajas que los trabajadores fijos comparables, salvo que esté justificado un trato diferenciado por razones objetivas. Estimó irrelevante que el empleo presentase elementos que caracterizan a la función pública. La Sentencia Del Cerro Alonso ha afirmado, además, que la remuneración, incluida una prima de antigüedad como el trienio, es una condición de trabajo a efectos de interdicción de discriminación, y que el Acuerdo marco, de aplicación directa frente a la Administración Pública, puede fundamentar la pretensión de un empleado con un contrato de duración determinada de que se le aplique un trienio o prima de antigüedad reservado únicamente a los trabajadores fijos por el Derecho nacional.

Esa doctrina se ha confirmado en jurisprudencia posterior, buena parte de ella sobre asuntos españoles. Destaca la Sentencia de 22 de diciembre de 2010, **Gavieiro e Iglesias,** C-444/09 y C-456/09; en estos asuntos acumulados, las Sras. Gaviero Gaviero e Iglesias Torres, ambas profesoras, solicitaron a la administración gallega los trienios no prescritos anteriores a la entrada en vigor del EBEP en 2007, períodos en que ambas habían trabajado como interinas. En el mismo sentido, el Auto de 18 de marzo de 2011 Montoya Medina, C-273/10; la Sentencia de. 8 de septiembre de 2011 Rosado Santana, C-177/10; el Auto de 9 de febrero de 2012, Lorenzo Martínez, C-556/11 o la Sentencia de 9 de julio de 2015, C-177/14, que reconoce el abono de trienios al personal eventual. Ahora nos referiremos a ella con algo más de detalle.

Esta doctrina se ha reconocido incluso al **personal eventual** regulado en el art. 12 del TRLEBEP, esto es, a aquel tipo de personal que es nombrado por razones estrictamente de confianza para realizar tareas de colaboración inmediata con quienes ostentan el poder de superior decisión política, en las que predominan las notas de afinidad y proximidad política que es inherente a la "confianza". Así lo ha venido a reconocer la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de julio de 2015, Sala tercera, asunto C-177/14, en el asunto María José **Regojo Dans** contra Consejo de Estado. Todo ello a pesar de que en este caso se alegaba, con buen criterio, la especial naturaleza jurídica de este peculiar tipo de personal, que realiza funciones estrictamente de confianza y asesoramiento especial y que puede ser nombrado y cesado libremente, sin someterse a las exigencias de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

En este sentido, su especial naturaleza jurídica no se asemeja a la de las restantes modalidades de empleados temporales, ya sean funcionarios interinos o empleados laborales[17]. Ello justificaría, a juicio del Abogado del Estado, la inexistencia de un trato discriminatorio respecto del resto de empleados públicos. Se alegaba además que el reconocimiento de trienios resultaba incompatible con la permanencia forzosamente temporal de este tipo de empleos que, por su propia naturaleza, tiene un especial componente de precariedad, así como las dificultades para establecer la relación de "comparabilidad" con la figura del funcionario de carrera, toda vez que resultaba muy difícil acreditar la identidad o similitud de funciones entre ambas categorías de personal, sin que el hecho de haber desempeñado durante más de treinta años un puesto de personal eventual se desvirtuase el carácter de confianza de estos puestos de trabajo.

En este caso se daba la peculiaridad –por no decir absoluta irregularidad- de que la señora Regojo había prestado servicios en el Consejo de Estado y en otros órganos constitucionales como personal eventual -y en ocasiones incluso como contratada laboral- durante más de treinta años, realizando funciones que a veces se confundían con las propias del funcionario y que rebasaban el límite legal de "asesoramiento y

[17] Véase al respecto a MAYOR GÓMEZ, Roberto, "Comentario a la Sentencia dictada por la Sala tercera del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de julio de 2015 (asunto C-177/14) sobre la aplicación de la Directiva 1999/70/CE de contratación de duración determinada al personal eventual: trienios", en *GABILEX,* 2016.

confianza especial", expresando a veces cometidos profesionales de colaboración en típicas actividades administrativas.

Es importante tener en cuenta estas circunstancias de los casos concretos analizados por la jurisprudencia comunitaria, toda vez que va a ser elemento común en todas ellas la existencia de irregularidades escandalosas. Ello tal vez explique los pronunciamientos tan tuitivos que se están produciendo en los últimos años, y especialmente en las polémicas sentencias dictadas en septiembre de 2016 en cuanto al derecho a la indemnización de los contratados laborales interinos, de las que se ocupará el siguiente ponente.

Para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea lo relevante es analizar, de forma concreta y casuística, los cometidos profesionales en su condición de personal eventual, y comprobar si son o no idénticos o análogos a los de un funcionario de carrera para verificar si se encuentran en una situación comparable, e igualmente para determinar si concurre o no alguna razón objetiva que justificara un trato diferenciador en cuanto al cobro de los trienios, sin que la forma de nombramiento o cese, el carácter de confianza o la naturaleza temporal del cargo impliquen una justificación objetiva, por ser en sí mismo un aspecto formal.

Pues bien, aunque el Tribunal europeo remite a los órganos judiciales internos para analizar las características de cada caso concreto que se planteen y hacer el análisis de comparabilidad entre el empleado temporal y el fijo, considera que el mero hecho de que se califique a un trabajador de eventual en virtud del Derecho nacional o de que su contrato de trabajo presente algunos aspectos particulares, como, por ejemplo en el presente asunto, su carácter temporal, su nombramiento o cese libres o el que se considere que dicho trabajador desempeña funciones de confianza y de asesoramiento especial, carecerían de relevancia a este respecto, para no desvirtuar la eficacia de la Directiva 1999/70 y del Acuerdo marco y su aplicación uniforme en los Estados miembros. A partir de ahí declara que los “trienios”, como complementos salariales de antigüedad que se reconocen en la legislación española, están incluidos dentro del concepto de “condiciones de trabajo” que se contiene en la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco[18].

En este caso, no obstante, se daba la circunstancia de que durante todos estos años la funcionaria había realizado en muchas ocasiones tareas que eran más bien propias de los funcionarios de carrera.

## 2. EN EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE CARRERA HORIZONTAL Y DE LOS CORRESPONDIENTES INCENTIVOS O COMPLEMENTOS RETRIBUTIVOS

Hace ya unos cuantos años que se vienen aplicando a los funcionarios interinos los mismos derechos retributivos correspondientes a las retribuciones complementarias relacionadas con la carrera horizontal que se aplican a los funcionarios de carrera, y ello a pesar de que esta institución difícilmente sería compatible con la naturaleza jurídica de esta institución que, en la medida en que supone una progresión en las perspectivas de mejora y de desarrollo profesional del funcionario, casa sólo a duras penas con la naturaleza estrictamente temporal y de urgencia que caracteriza a esta figura. Los pronunciamientos que se han producido hasta ahora no afectan a la modalidad de la carrera vertical, la que implica progresión en la estructura de puestos mediante el cambio de puestos de trabajo. La jurisprudencia se ha referido principalmente a las distintas modalidades de evaluación positiva de los funcionarios que no va ligada a un sistema de ascenso o de progreso profesional, sino que se traduce única y exclusivamente en la obtención de un incentivo económico.

[18] Por todo lo anterior, en respuesta a las cuestiones prejudiciales segunda y tercera planteadas por el Tribunal Supremo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea concluye que “La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, que excluye, sin justificación alguna por razones objetivas, al personal eventual del derecho a percibir los trienios concedidos, en particular, a los funcionarios de carrera, cuando, en relación con la percepción de dicho complemento salarial, ambas categorías de trabajadores se hallan en situaciones comparables, lo que corresponde verificar al tribunal remitente”.

En relación con los complementos retributivos por formación permanente, esto es retribuciones complementarias, el Tribunal de Justicia en su **Auto de 9 de febrero de 2012, Lorenzo Martínez**, C-556/11), declaro: "que la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que reserva, sin ninguna justificación por razones objetivas, el derecho a percibir el complemento retributivo por formación permanente únicamente a los profesores funcionarios de carrera, excluyendo a los profesores funcionarios interinos, cuando, en relación con la percepción de dicho complemento, ambas categorías de trabajadores se hallan en situaciones comparables." En este caso se reconocía el derecho de los interinos a los llamados **sexenios**, a través de la reclamación formulada por la señora Lorenzo Martínez, profesora de instituto de la Junta de Castilla y León.

A pesar de que la recurrente había completado más de seis años de antigüedad y había cursado la formación necesaria para ello, al igual que sus compañeros, no se le había reconocido la correspondiente retribución por sexenios porque la misma sólo estaba legalmente prevista para los funcionarios de carrera. La Administración, con buen criterio, había alegado la especial naturaleza de este complemento y de la figura del interino. No se trata simplemente de un derecho vinculado directamente a la antigüedad, a diferencia de lo que ocurre con los trienios, sino que tiene una finalidad de incentivar al funcionario y por ello va ligado a la carrera profesional del profesorado que se desarrolla dentro de cada uno de los cuerpos funcionariales a los que puede pertenecer el funcionario. A partir de estos planteamientos, su extensión a los profesores interinos parecía ciertamente poco compatible con la naturaleza del interino, cuyo nombramiento se vinculaba con un puesto de trabajo concreto que necesitaba ser temporalmente cubierto por razones de urgencia e interés público. Ello explica que se le negara la posibilidad de hacer carrera administrativa y, por consiguiente, de recibir el correspondiente complemento que, además, no se devengaba automáticamente, sino tras acreditar y validar una determinada formación docente. Al respecto dirá la Sala que:

“En relación con los complementos retributivos por formación permanente, como los controvertidos en el litigio principal, si bien incumbe en principio al juez remitente determinar su naturaleza y sus objetivos, procede observar que de la información proporcionada al Tribunal de Justicia por dicho órgano se desprende que estos complementos deben considerarse también «condiciones de trabajo», en el sentido de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco. En efecto, como se deduce de los apartados 15 y 16 del presente auto, estos complementos constituyen un complemento salarial cuya concesión depende de la duración de los períodos de servicios prestados, como los trienios a los que se refiere el apartado anterior, y de haber cursado un determinado número de horas de formación en el marco de un régimen que tiene carácter obligatorio para el conjunto del profesorado no universitario que presta servicios para la Comunidad Autónoma de Castilla y León, a fin de alcanzar el objetivo consistente en mejorar la calidad de la enseñanza."

Otro buen ejemplo de esta extensión de derechos retributivos y de carrera se encuentra en el reciente **Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de septiembre de 2016,** Sala Décima, en el asunto C-631/15, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Oviedo (Asturias). El conflicto enfrenta en este caso a don Carlos Álvarez Santirso y a la Consejería de Educación, Cultura y Deporte del Principado de Asturias.

Conviene tener en cuenta que este asunto es ya una cuestión pacífica y concretamente clarificada. Ello explica que haya sido resuelta mediante Auto, toda vez que, en virtud de lo dispuesto en el art. 99 de su Reglamento de Procedimiento, cuando la respuesta a una cuestión prejudicial pueda deducirse claramente de la jurisprudencia o cuando la respuesta a tal cuestión no suscite ninguna duda razonable, el Tribunal de Justicia podrá decidir en cualquier momento, a propuesta del Juez Ponente y tras oír al Abogado General, resolver mediante auto motivado. Y esto es lo que ha sucedido en este supuesto. Ya existe una consolidada línea jurisprudencial al respecto que ha considerado que el principio de no discriminación establecido en la cláusula 4 del Acuerdo marco es incondicional y suficientemente precisa para que los particulares puedan invocarla frente al Estado ante un juez nacional. Dicha línea jurisprudencial se manifiesta en diversas

sentencias del Tribunal de Justicia (véanse, en particular, las sentencias de 13 de septiembre de 2007, Del Cerro Alonso, C-307/05, EU:C:2007:509, y de 22 de diciembre de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09, EU:C:2010:819; el auto de 18 de marzo de 2011, Montoya Medina, C-273/10, no publicado, EU:C:2011:167; la sentencia de 8 de septiembre de 2011, Rosado Santana, C-177/10, EU:C:2011:557; el auto de 9 de febrero de 2012, Lorenzo Martínez, C-556/11, no publicado, EU:C:2012:67; las sentencias de 18 de octubre de 2012, Valenza y otros, C-302/11 a C-305/11, EU:C:2012:646, y de 12 de diciembre de 2013, Carratù, C-361/12, EU:C:2013:830, y el auto de 7 de marzo de 2013, Bertazzi y otros, C-393/11, no publicado, EU:C:2013:143).

Al respecto, y sobre el principio de primacía del Derecho Comunitario, también debe traerse a colación la Sentencia del Tribunal Constitucional 232/2015, de 5 de noviembre, recaída en un recurso de amparo sobre la presunta violación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva[19]. En dicha Sentencia el Tribunal recuerda que, efectivamente, dejar de aplicar, una ley interna, sin plantear cuestión de inconstitucionalidad, por entender un órgano jurisdiccional que esa ley es contraria al Derecho de la Unión Europea, sin plantear tampoco cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, es contrario al derecho a un proceso con todas las garantías ( art. 24.2CE ) si existe una "duda objetiva, clara y terminante" sobre esa supuesta contradicción ( STC 58/2004 , FFJJ 9 a 14). Ahora bien, dejar de plantear la cuestión prejudicial y aplicar una ley nacional supuestamente contraria al Derecho de la Unión (según la parte) no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva si esa decisión es fruto de una exégesis racional de la legalidad ordinaria. En este caso, recuerda el Tribunal que ya existe una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea[20]. En estos casos, el desconocimiento y preterición de esa norma de Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, puede suponer una "selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso", lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 145/2012, de 2 de julio).

En todo caso, como consecuencia de la resolución de esta cuestión prejudicial en el caso Álvarez Santirso, podríamos decir que el incentivo de carrera de los funcionarios docentes debe reconocerse también a los interinos que cumplan las condiciones y requisitos previstos en el correspondiente plan de evaluación aplicable a los funcionarios de carrera. En este caso se trataba de un incentivo de 206,53 euros mensuales para los funcionarios del subgrupo A1 y de 132,18 euros para los funcionarios del subgrupo A2.

Sigue así el Tribunal la línea jurisprudencial ya consolidada respecto de la aplicación a los interinos del mismo régimen que se aplica a los funcionarios de carrera, salvo que existan razones objetivas que justifiquen una diferencia de trato (sentencia de 22 de diciembre de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09, y autos de 18 de marzo de 2011, Montoya Medina, C-273/10 y Lorenzo Martínez, C-556/11). En concreto se había planteado una petición de decisión prejudicial sobre la

---

[19] Como se ha indicado, esta Sentencia no resuelve un supuesto de trienios, sexenios o no discriminación, sino la correcta aplicación del Derecho Comunitario. MARTÍN ALONSO, Nicolás, "El principio de no discriminación y su aplicación a la retribución de los empleados públicos de carácter temporal. Comentario a la STC 232/2015, de 5 de noviembre", Noticias Jurídicas, 12 de febrero de 2016. Disponible en: http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10863-el-principio-de-no-discriminacion-y-su-aplicacion-a-la-retribucion-de-los-empleados-publicos-de-caracter-temporal-comentario-a-la-stc-232-2015-de-5-de-noviembre-i/

[20] Recuerda el Tribunal Constitucional que, como ha declarado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de forma reiterada, los jueces y tribunales de los Estados miembros están obligados, con arreglo al art. 234 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (art. 267 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea) a deducir las consecuencias de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, bien entendido, sin embargo, que los derechos que corresponden a los particulares no derivan de esta sentencia sino de las disposiciones mismas del Derecho comunitario que tienen efecto directo en el ordenamiento jurídico interno (Sentencia de 14 de diciembre de 1982, asunto Waterkeyn, de 5 de marzo de 1996). Por ello, los Jueces y Tribunales ordinarios de los Estados miembros, al enfrentarse con una norma nacional, incompatible con el Derecho de la Unión, tienen la obligación de inaplicar la disposición nacional, ya sea posterior o anterior a la norma de Derecho de la Unión (véanse, entre otras, las Sentencias de 9 de marzo de 1978, asunto Simmenthal; de 22 de junio de 2010, asunto Melki y Abdeli, C-188/10 y C-189/10 y de 5 de octubre de 2010, asunto Elchinov, C-173/09). Esta obligación, cuya existencia es inherente al principio de primacía del Derecho Comunitario, recae sobre los Jueces y Tribunales de los Estados miembros con independencia del rango de la norma nacional, permitiendo así un control desconcertado, en sede judicial ordinaria, de la conformidad del Derecho interno con el Derecho de la Unión Europea (STC 145/2012, de 2 de julio).

compatibilidad de la normativa autonómica asturiana relativa a la carrera en la Administración educativa del Principado y la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada.

El asunto conocido en esta sentencia tiene su causa en la impugnación del sistema de incentivos de carrera que realizó un profesor interino que, pese a haber prestado servicios docentes durante más de 16 años en la Administración, había sido excluido por la Consejería de Educación del primer Plan de evaluación de la función docente por no ser funcionario de carrera.

Se analiza para ello la Ley del Principado de Asturias 6/2009, de 29 de diciembre, de Evaluación de la Función Docente y sus Incentivos, que establece los planes de evaluación para poder disfrutar de este complemento de carrera, en los que se tiene en cuenta, entre otros aspectos, el absentismo, la función tutorial de los profesores, su participación en proyectos de innovación docente, su mayor dedicación, el desempeño de cargos directivos o su participación en la consecución de objetivos colectivos del centro de trabajo. Ahora bien, según el art. 2 de dicha norma, sólo podrán acogerse a ellos los funcionarios de carrera pertenecientes a los cuerpos docentes que acrediten el requisito de 5 años de antigüedad en el cuerpo. En consecuencia, la norma no permitía la participación en este programa de los funcionarios interinos, aunque éstos, como sucede con el recurrente, cumplieran sobradamente con el requisito de antigüedad de los 5 años que la ley establecía.

Tras analizar el principio de no discriminación entre los trabajadores indefinidos y trabajadores con un contrato de duración determinada, reconoce la Sala la posibilidad de que las Administraciones Públicas puedan establecer requisitos de antigüedad para acceder a determinados puestos, restringir el acceso a la promoción interna a los funcionarios de carrera y exigirles que demuestren tener una experiencia profesional correspondiente al grupo inmediatamente inferior al que es objeto del proceso selectivo. Ahora bien, en este caso no se ha justificado que el desempeño de las funciones docentes por parte de los profesores que son funcionarios de carrera y los que son interinos exija cualificaciones académicas o experiencias profesionales diferentes, sino que las funciones son similares y ambos tienen las mismas obligaciones docentes. Además, recuerda el Tribunal que la evaluación positiva en el Plan de evaluación no tiene ninguna repercusión en el sistema de promoción o de progresión profesional, sino que se traduce exclusivamente en un complemento salarial.

Todo ello le permite concluir la incompatibilidad de la norma con el mencionado Acuerdo Marco, toda vez que, un elemento retributivo en forma de incentivo debe, como condición de trabajo, concederse a un trabajador con contrato de duración determinada en la misma medida que a un trabajador fijo. A su juicio, "*la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, que reserva, sin que exista ninguna justificación por razones objetivas, la participación en el Plan de evaluación de la función docente y el incentivo que se deriva de ella, en caso de evaluación positiva, únicamente a los profesores cuya relación de servicio es por tiempo indefinido, al ser funcionarios de carrera, excluyendo a los profesores cuya relación de servicio es de duración determinada, al ser funcionarios interinos*".

Quiere ello decir que, desde una estricta perspectiva del Derecho Comunitario, son compatibles con la Directiva las diferencias entre los funcionarios de carrera y los interinos que afecten a la provisión de puestos de trabajo, esto es, a que se puedan establecer determinados requisitos de antigüedad para acceder a determinados puestos; a la restricción del acceso a la promoción interna sólo a los funcionarios de carrera o a la posibilidad de que se exija a los funcionario tener una experiencia profesional correspondiente al grupo inmediatamente inferior al que es objeto del proceso selectivo para su acceso.

Esta jurisprudencia ha tenido ya su reflejo en varios pronunciamientos judiciales españoles. Así, por ejemplo, y tan sólo por citar alguno de ellos, podemos traer a colación la STSJ de Valencia de 21 de diciembre de 2015, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, sentencia núm. 803/2015. La sentencia estima parcialmente el recurso planteado por la Asociación de Interinos de la Generalitat valenciana contra el Decreto 186/2014, de 7 noviembre, del Consell, por el que se regula el sistema de carrera profesional horizontal y la evaluación del desempeño, del personal funcionario de carrera de la Administración de la Generalitat. Se anulan los preceptos del reglamento que excluyen del sistema de

evaluación a los funcionarios interinos con más de cinco años de antigüedad y, en consecuencia, impide que los interinos puedan percibir el correspondiente complemento retributivo de carrera profesional. En este caso se analiza el derecho de los interinos a la carrera profesional horizontal, que se desarrolla sin necesidad de cambiar de puesto de trabajo y valorándose el rendimiento evaluado y acreditado como consecuencia de la valoración de su trayectoria y actuación profesional y de los conocimientos adquiridos y transferidos.

La administración sostiene que nos encontramos ante un supuesto de trato diferenciado entre funcionarios de carrera y funcionarios interinos que se justifica por razones objetivas. Se trata de un concepto retributivo vinculado a la formación que persigue incentivar al funcionario de carrera en el conocimiento experto. Para la gestión de la carrera profesional se valora la actuación del personal, empleado público: su trayectoria y actuación profesional, la calidad de los trabajos, realizados, los conocimientos adquiridos, su implicación con la organización y sus objetivos y fines. Para la asociación de interinos recurrente, sin embargo, la exclusión de los funcionarios interinos de la Generalitat Valenciana con más de 5 años de antigüedad desempeñando las mismas funciones o de análoga naturaleza que quienes tiene la condición de funcionario de carrera, ocupando la misma plaza, dentro del mismo servicio o unidad administrativa, del sistema de evaluación previsto viola la Directiva, pues la única justificación para su exclusión es la del carácter temporal de sus nombramientos.

Pues bien, la Sala da respuesta a la impugnación aplicando directamente la jurisprudencia comunitaria. Parte del análisis del concepto de "trabajador con contrato de duración indefinida comparable» se define en la cláusula 3, apartado 2, del Acuerdo marco como "un trabajador con un contrato o relación laboral de duración indefinida, en el mismo centro de trabajo, que realice un trabajo u ocupación idéntico o similar, teniendo en cuenta su cualificación y las tareas que desempeña». Para apreciar si determinados trabajadores ejercen un trabajo idéntico o similar, debe comprobarse si, habida cuenta de un conjunto de factores, como la naturaleza del trabajo, las condiciones de formación y las condiciones laborales, puede considerarse que dichos trabajadores se encuentran en una situación comparable (auto Montoya Medina, y la sentencia Rosado Santana). En este caso, concluye que existe una discriminación, toda vez que, por una parte, al funcionario interino no se le exige para ser nombrado cualificaciones académicas o una experiencia distinta de la exigida al funcionario de carrera y, por otra, ejercen idénticas funciones y están sometidos a las mismas obligaciones[21].

### 3. EN EL RECONOCIMIENTO DE LOS "SERVICIOS PREVIOS" A LOS EFECTOS DEL CÓMPUTO DEL TIEMPO PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA PROMOCIÓN INTERNA

En este caso tenemos que traer a colación la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de septiembre de 2011, asunto C-177/10, en el **asunto Rosado Santana.** El pronunciamiento tiene su origen en la cuestión prejudicial planteada por un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo andaluz ante la denegación por parte de la Junta de Andalucía del derecho del funcionario, el señor Rosado, a participar en una convocatoria de promoción interna para el ingreso al Cuerpo General de Administrativos de dicha Comunidad[22].

En aplicación de la legislación funcionarial se exigía el cumplimiento de varios requisitos: poseer el título de Bachiller Superior o título equivalente o, alternativamente, poseer una antigüedad de diez años como

---

[21] En un sentido similar se pronuncia también la STSJ de Asturias de 14 de septiembre de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, sentencia núm. 917/2012. La Sala anula diversos preceptos del reglamento de carrera horizontal de los funcionarios autonómicos asturianos. Se impugna en este proceso el Decreto 37/2011 de 11 de mayo por el que se aprueba el Reglamento de la carrera horizontal de los funcionarios de la Administración del Principado de Asturias y, más concretamente, las Disposiciones Transitorias en cuanto establecen, para el cómputo del periodo de cinco años de servicios efectivos, que los servicios prestados como funcionarios de carrera en cuerpos o escalas correspondientes a los distintos grupos de clasificación profesional, se computarán en un porcentaje del 70%, que se contiene en la Disposición Transitoria Primera.2 y en el último párrafo de la Disposición Transitoria Segunda.2

[22] Véase OCAÑA ESCOLAR, Luis, "La doctrina del TJUE sobre la Directiva 1999/70 y el colectivo de empleados públicos", en *Temas Laborales*, núm. 118/2013, págs. 203-215.

funcionario de carrera en cuerpos pertenecientes al grupo D, o de cinco años y haber superado un curso específico en el Instituto Andaluz de Administración Pública. La convocatoria había establecido que, a estos efectos, no se computarían los servicios previos reconocidos como personal interino o laboral en cualquiera de las Administraciones Públicas u otros servicios previos similares. En este caso, el señor Rosado Santana fue apartado del procedimiento porque no se le computó los servicios prestados como funcionario interino y, en consecuencia, no cumplía con el requisito de los diez años de antigüedad exigidos por el legislador.

Tras analizar las circunstancias concretas del caso, el Tribunal recuerda que los Estados miembros tienen margen de apreciación en la organización de sus propias administraciones públicas. En principio estas pueden, sin infringir la norma comunitaria, restringir el acceso a la promoción interna a funcionarios de carrera y exigirles que demuestren tener una experiencia profesional correspondiente al grupo inmediatamente anterior al que es objeto del proceso selectivo. No obstante, en ese margen de apreciación, los criterios utilizados deben ser transparentes para poder ser controlados y evitar cualquier exclusión de los trabajadores con contrato de duración determinada sobre la mera base de la duración de los contratos o las relaciones de servicio que justifiquen su antigüedad o su experiencia profesional. Si el trato diferente en relación con un proceso selectivo resulta de la necesidad de tener en cuenta requisitos objetivos, relativos a la plaza que dicho procedimiento tiene por objeto proveer y que son ajenos a la duración determinada de la relación de servicio que vincula al funcionario interino con su empleador, el mismo puede estar justificado.

En este caso, y según los datos aportados por el juzgado, había quedado acreditado que durante el tiempo en el que el funcionario interino permaneció en su puesto realizó las mismas funciones que los funcionarios de carrera en situación “comparable”, esto es, que tenían diez años de antigüedad en los cuerpos de funcionarios correspondientes al grupo D. Si las funciones del interino no se hubieran correspondido con las de los funcionarios de carrera, el interesado no se hubiera encontrado en una situación comparable en los períodos de servicio transcurridos como tal. A partir de ahí, concluyó el Tribunal que, el mero hecho de que el funcionario interino haya cumplido dichos períodos de servicio sobre la base de un contrato o de una relación de servicio de duración determinada, no constituye una razón objetiva para darle un trato diferente respecto del funcionario de carrera.

## 4. ¿DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN POR CESE? LA APLICACIÓN DE MEDIDAS EQUIVALENTES A LA TRANSFORMACIÓN DE LOS CONTRATOS LABORALES EN INDEFINIDOS EN CASO DE NOMBRAMIENTOS ABUSIVOS DE FUNCIONARIOS INTERINOS O DE PERSONAL EVENTUAL ESTATUTARIO.

Hasta ahora todas las sentencias europeas se habían aplicado a determinados aspectos de la dinámica de las relaciones de trabajo entre los funcionarios interinos y la Administración y el propósito fundamental había sido la extensión del principio de no discriminación a la Administración, a las relaciones funcionariales, en aspectos relativos fundamentalmente con los derechos económicos y de carrera. Estas tres nuevas sentencias de 14 de septiembre de 2016 dan un paso más porque se aplican a cuestiones nuevas relacionadas con la extinción y cese del personal funcionarial (en rigor no hay despido) sobre las que antes no se había pronunciado y ponen el foco en la obligación del Estado de prevenir y sancionar los comportamientos abusivos en la contratación temporal. Se inicia una nueva fase que puede tener consecuencias económicas importantísimas para una Administración que tiene más de 300.000 interinos.

Las dudas sobre el reconocimiento de este posible nuevo derecho a la indemnización cuando se produce el cese se han planteado fundamentalmente a raíz de dos Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016. En ambas se analizan las consecuencias que se derivarían de la Directiva 1999/70/CE sobre el trabajo de duración determinada para el caso de nombramientos temporales sucesivos de carácter abusivo en las Administraciones Públicas. Los asuntos sobre los que se pronuncia el Tribunal se refieren tanto a la figura del funcionario interino como del personal estatutario eventual, que vendría a ser el equivalente a aquél en el ámbito específico de la sanidad, y tratan sobre lo que se ha denominado “funcionarios interinos de larga duración”, esto es, que a través de diversos nombramientos sucesivos han prestado servicios para una Administración Pública durante muchos años. Conviene analizar

por separado los asuntos que se tratan en las mismas y la solución que se apunta en ambas por ser ciertamente complejas en cuanto a sus efectos prácticos en nuestro ordenamiento jurídico.

En la primera de ellas analiza los asuntos **Martínez Andrés** y **Castrejana López** (C-184/15 y C-197/15). Resuelve dos cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. La primera de las cuestiones versaba sobre personal estatutario temporal de carácter eventual de los Servicios de Salud, categoría prevista en el art. 9 de la *Ley 55/2003 del Estatuto Marco del Personal Estatuario de los Servicios de Salud,* en la categoría de auxiliar administrativo para prestar servicios de naturaleza temporal, coyuntural y extraordinaria y cuyo nombramiento fue objeto de trece prórrogas, motivadas no de forma específica sino de manera genérica invocando "necesidades del servicio". La segunda cuestión se refería a un arquitecto que, después de prestar servicios en un Ayuntamiento durante varios años con dos contratos laborales sucesivos de duración determinada para ejecutar un programa, fue nombrado funcionario interino para la ejecución de ese mismo programa, condición en la que prestó servicios durante catorce años más[23].

En ambos casos, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco considera que se ha producido una utilización abusiva de la contratación de duración determinada, según establece el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada. En relación con el personal temporal eventual, la inespecífica motivación del nombramiento y de las sucesivas prórrogas no permiten apreciar si estas se utilizaron realmente para satisfacer necesidades temporales o permanentes de la Administración. El tribunal remitente pone de manifiesto que la situación del Sr. Castrejana López es especialmente llamativa, dado que, si se hubiera mantenido su relación laboral inicial con el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, habría disfrutado de las disposiciones protectoras relativas a la extinción de una relación laboral, derecho que, no obstante, le ha sido denegado, tanto por la normativa nacional como por la jurisprudencia relativa a esta normativa, debido a su condición de funcionario interino. En este caso, además, el TSJ del País Vasco llama la atención sobre el largo período temporal del nombramiento (más de diecisiete años). A partir de aquí, el Tribunal recuerda al plantear las cuestiones prejudiciales que en España la jurisprudencia ha elaborado el concepto de "trabajadores indefinidos no fijos" para los supuestos de contratos laborales temporales en fraude de ley suscritos por las Administraciones públicas, con la importante consecuencia de que la duración indefinida del contrato implica que éste no está sometido a plazo.

Se plantea como objeto de la cuestión prejudicial si es compatible con la mencionada Directiva una norma nacional o la práctica de los tribunales nacionales, que no reconoce ni al personal estatutario temporal eventual ni a los funcionarios interinos (relaciones de servicio reguladas por el Derecho administrativo) el derecho al mantenimiento de su relación de servicio o, más bien, a ocupar la plaza desempeñada temporalmente hasta su cobertura en forma reglamentaria o su amortización por los procedimientos legalmente previstos, mientras que para los empleados contratados temporalmente de forma irregular sí se les reconoce el derecho a la conversión de su relación temporal en indefinida a través de la nueva figura creada jurisprudencialmente del "trabajador indefinido no fijo" (relación jurídica regulada por el Derecho laboral).

---

[23] Se trataba de un programa de ordenación urbana suscrito con fecha 22 de noviembre de 1995 entre el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz y el Instituto Foral de Bienestar Social en orden a favorecer la eliminación de las barreras urbanísticas y arquitectónicas y contribuir a la consecución de la accesibilidad del entorno urbano para las personas con movilidad reducida. Tras la celebración de dos contratos laborales temporales, el 22 de enero de 1998, el Concejal-Delegado del Área de Función Pública modificó la condición jurídica del Sr. Castrejana López, nombrándole funcionario interino del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz para la ejecución del mismo convenio; la fecha de finalización del nombramiento era la de conclusión de dicho programa de ordenación urbana. El 10 de noviembre de 1998, el Ayuntamiento dictó nueva resolución por la que se daba por finalizada la relación de servicio del Sr. Castrejana con efectos al 31 de diciembre de 1998 por conclusión del mencionado programa de ordenación urbana. Sin embargo, el 11 de enero de 1999, el Ayuntamiento revocó dicha resolución ya que el programa había prorrogado su vigencia. Mediante Decreto de 10 de diciembre de 2012, se puso fin con carácter definitivo a la relación de servicio del Sr. Castrejana López con el Ayuntamiento porque el programa había sido ejecutado en su totalidad y que el contexto actual de crisis imponía la reducción de gastos de las Administraciones públicas.

Recuerda el Tribunal que el Derecho de la Unión establece la obligación de que los Estados miembros adopten medidas preventivas, pero no enuncia sanciones específicas para el caso de que se compruebe la existencia de abusos. En tal caso, corresponde a las autoridades nacionales (incluidas las judiciales) adoptar medidas que no sólo deben ser proporcionadas, sino también lo bastante efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo marco. Sin embargo, las modalidades de aplicación de tales medidas deben ser determinadas por el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros en virtud del principio de autonomía de procedimiento de éstos. Ahora bien, las medidas de ejecución que establezcan los Estados no deben ser menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad).

En consecuencia, cuando se ha producido una utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada, es indispensable poder aplicar alguna medida que presente garantías de protección de los trabajadores, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión. En cualquier caso, el Derecho europeo no impone a los Estados miembros una obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada. Ahora bien, para que una normativa nacional que prohíbe de forma absoluta, en el sector público, transformar en un contrato de trabajo por tiempo indefinido una sucesión de contratos de trabajo de duración determinada pueda ser considerada conforme con el Acuerdo marco, el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate debe contar, en dicho sector, con otra medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada. Al tratarse de acceso a la Administración, cualquier solución por la que se opte requerirá el cumplimiento escrupuloso de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

Aunque corresponde, en todo caso, a los Tribunales nacionales y no al Tribunal de Justicia europeo realizar esta labor interpretativa del Derecho interno, el Tribunal sí quiere dar algunas orientaciones a los Tribunales españoles y por eso añade ciertas precisiones para la aplicación correcta del Acuerdo marco. En la medida en que al plantearle la cuestión el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco ya calificaba como abusivos los nombramientos sucesivos en cuestión y advertía de que el Derecho español contaba con una solución eficaz para prevenir la utilización abusiva de contrataciones sucesivas en las Administraciones Públicas pero sólo para el personal laboral pero no para el personal regido por el Derecho Administrativo –a saber, la transformación de la relación laboral en indefinida-, advierte al Tribunal Superior de Justicia que a dicho personal administrativo que sea objeto de nombramientos sucesivos le debe ofrecer **una solución equivalente a la del personal laboral** que haga eficaces los derechos que el ordenamiento europeo les reconoce. Es decir, que, aunque el Derecho nacional no prevea esa solución, los Tribunales nacionales están autorizados, en virtud del Derecho europeo, a aplicarla a los casos concretos para sancionar la utilización abusiva de relaciones laborales sucesivas regidas por el Derecho administrativo.

En consecuencia, el Tribunal de Justicia declara que "*el Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, sea aplicada por los tribunales del Estado miembro de que se trate de tal modo que, en el supuesto de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, se concede a las personas que han celebrado un contrato de trabajo con la Administración un derecho al mantenimiento de la relación laboral, mientras que, con carácter general, no se reconoce este derecho al personal que presta servicios para dicha Administración en régimen de Derecho administrativo, a menos que exista una medida eficaz en el ordenamiento jurídico nacional para sancionar los abusos cometidos respecto de dicho personal, lo que incumbe al juez nacional comprobar*".

La otra Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016 trata exclusivamente la situación del personal estatutario eventual. Nos referimos al **asunto Pérez López,** (C-16/15), que resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Madrid respecto del personal estatutario temporal en los servicios de salud autonómicos. En este caso

se trataba de una enfermera que había sido nombrada por el Servicio Madrileño de Salud en sucesivas ocasiones, abarcando los nombramientos un período temporal de más de cuatro años[24]. Tras agotar la vía administrativa de recursos, la señora Pérez López interpuso un recurso contencioso-administrativo en el que alega, en esencia, que sus sucesivos nombramientos no tenían por objeto responder a necesidades coyunturales o extraordinarias de los servicios de salud, sino que en realidad correspondían a una actividad permanente. En consecuencia, la sucesión de nombramientos de duración determinada incurría en fraude de ley y la relación de servicio debía transformarse.

El Tribunal de Justicia analiza y se centra en profundidad en la regulación que hace el artículo 9 de la *Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud*, que prevé los supuestos que habilitan a la Administración sanitaria para nombrar a personal estatutario temporal en cualquiera de las tres modalidades que crea: como interinos, como personal de sustitución o como personal eventual[25]. Se centra en el análisis del personal eventual, toda vez que es el que afecta a la enfermera recurrente, aunque sus planteamientos y reflexiones serían también extrapolables a las demás figuras temporales previstas en aquel precepto.

Para entender la solución que se apunta en la sentencia conviene tener muy presente el contenido concreto de la cuestión prejudicial que plantea el Juzgado madrileño. Según el juzgado remitente, la normativa española (art. 9 del Estatuto Marco) no contiene medidas que limiten de manera efectiva la utilización de sucesivos contratos de duración determinada y permite que la Administración pueda apreciar libremente las razones que justifican la utilización de sucesivos nombramientos de duración determinada y la oportunidad de crear una plaza estructural que responda a las necesidades de los servicios de salud. Ahora bien, considera que, incluso en el caso de que se cree dicha plaza, se mantendrá la situación precaria de este personal estatutario, ya que la Administración tiene la posibilidad de cubrir estas plazas mediante el nombramiento de personal estatutario temporal interino, sin que existan límites en cuanto a la duración o al número de renovaciones de los nombramientos de duración determinada de dicho personal.

Asimismo, el Juzgado muestra sus dudas en lo que atañe a la compatibilidad de este precepto con el principio de no discriminación tal como está formulado en la cláusula 4 del Acuerdo marco. Señala que el personal estatutario temporal eventual de los servicios de salud es comparable a estos efectos con el personal eventual previsto en el Estatuto de los Trabajadores y que existiría una situación de discriminación en la medida en que para éstos sí se ha previsto el derecho a una indemnización de 12 días de salario por

---

[24] La Sra. Pérez López fue nombrada personal estatutario temporal eventual como enfermera en el Hospital Universitario de Madrid durante el período comprendido entre el 5 de febrero y el 31 de julio de 2009. Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 9, apartado 3, del Estatuto Marco, el nombramiento indicaba como causa justificativa la «realización de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria», y como contenido y descripción de la prestación el «desarrollo de su actividad en este Hospital para garantizar la atención asistencial». Tras el primer nombramiento, fueron emitidos nuevos nombramientos de la Sra. Pérez López en siete ocasiones, con una duración de tres, seis o nueve meses, todos con idéntico contenido, de modo que la Sra. Pérez López prestó servicios sin solución de continuidad durante el período comprendido entre el 5 de febrero de 2009 y el 31 de marzo de 2013. Su cese se produjo como consecuencia de una Orden de la Consejería y básicamente por motivos económicos, por la necesidad de ahorrar.

[25] Esta Ley optó definitivamente por la naturaleza pública y funcionarial del personal sanitario, calificando la relación que los une con la Administración como una "relación funcionarial especial". En su art. 9 define al personal estatutario temporal, que es aquel que puede ser nombrado por los servicios de salud por razones de necesidad, de urgencia o para el desarrollo de programas de carácter temporal, coyuntural o extraordinario. Se les aplica el régimen del personal estatutario fijo en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición.

Los nombramientos de personal estatutario temporal pueden ser de **interinidad, de carácter eventual o de sustitución**. El nombramiento de carácter interino se utiliza para el desempeño de una plaza vacante de los centros o servicios de salud, cuando sea necesario atender las correspondientes funciones. Su cese se produce cuando se incorpore personal fijo o cuando se amortice la plaza. El nombramiento de sustitución se expide cuando resulte necesario atender las funciones de personal fijo o temporal, durante los períodos de vacaciones, permisos y demás ausencias de carácter temporal que comporten la reserva de la plaza. Más problemático es el nombramiento de carácter eventual, que está previsto para tres supuestos: a) cuando se trate de la prestación de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria; b) cuando sea necesario para garantizar el funcionamiento permanente y continuado de los centros sanitarios y c) para la prestación de servicios complementarios de una reducción de jornada ordinaria. Se produce el cese cuando se produzca la causa o venza el plazo que expresamente se determine en su nombramiento, así como cuando se supriman las funciones que en su día lo motivaron.

cada año trabajado cuando cesa su relación y disfrutan de una cláusula de garantía en favor de la estabilidad en el empleo, consistente en que los contratos temporales celebrados en fraude de ley se presumirán celebrados por tiempo indefinido[26]. En los apartados 65 y siguientes de la sentencia se analizan estas pretensiones y finalmente considera el Tribunal que **la diferencia de trato entre el personal estatutario eventual y el personal eventual regulado en el Estatuto de los Trabajadores no es discriminatoria porque no son situaciones jurídicas "comparables" en la medida en que están sometidas a diferente régimen jurídico**. Es decir, aunque la Directiva y el Acuerdo marco se aplican tanto a los empresarios como a las Administraciones Públicas, a los trabajadores y a los funcionarios, no mezcla los regímenes jurídicos[27]. Esto es, los funcionarios interinos y, en su caso, el personal estatutario eventual, sólo son comparables con los funcionarios de carrera y, en su caso, con el personal estatutario fijo. La normativa comunitaria, pues, no obliga a establecer situaciones "cruzadas" de comparabilidad entre el régimen laboral y el funcionarial.

La ley ha regulado esta figura con gran detalle en su art. 9, aunque concediendo importantes márgenes de discrecionalidad a la Administración. Así, ha previsto que, si se realizan más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un período acumulado de 12 o más meses en un período de dos años, procederá el estudio de las causas que lo motivaron, para valorar, en su caso, si procede la creación de una plaza estructural en la plantilla del centro. Ahora bien, llega a la conclusión de que la Ley no establece una autorización general y abstracta para utilizar sucesivos contratos de trabajo de duración determinada, sino que limita la celebración de tales contratos, en esencia, a los efectos de satisfacer necesidades provisionales.

El Tribunal se basa en los datos y en la apreciación concreta que realiza el Juzgado remitente, que llega a calificar de "mal endémico" la cobertura de puestos en el sector de los servicios de salud mediante nombramientos de personal estatutario temporal. Así, parte de la base de que en el servicio madrileño alrededor del 25 % de las 50.000 plazas de plantilla de personal facultativo y sanitario están ocupadas por personal con nombramientos de carácter temporal, llegando en algunos casos extremos a rebasar los 15 años de prestación ininterrumpida de servicios, con una duración media de entre 5 y 6 años. Sólo teniendo en cuenta estos datos se entiende la profundidad de la solución aportada por el Tribunal al resolver las cuestiones prejudiciales planteadas. Es más, en el argumento número 55 de la sentencia llega a afirmar que "existe un déficit estructural de puestos de personal fijo".

Pues bien, tras este análisis, la Sentencia vuelve a insistir sobre la obligación que tienen todos los Estados miembros de la Unión Europea de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada. Para ello están obligados a la adopción efectiva y vinculante de una o varias de las medidas que enumera la cláusula 5 del Acuerdo, gozando, en este sentido, de un importante margen de apreciación, ya que tienen la opción de recurrir, a tal fin, a una o varias de las medidas enunciadas en dicha cláusula o de adoptar medidas equivalentes atendiendo a las necesidades de cada sector o categoría de empleados.

---

[26] ¿Es acorde con el principio de no discriminación reconocido en el Acuerdo marco la aplicación al personal estatutario temporal de carácter eventual de la misma indemnización prevista para los trabajadores con contrato de trabajo eventual, dada la identidad sustancial entre ambas situaciones, pues carecería de sentido que trabajadores con idéntica cualificación, para prestar servicios en la misma empresa (Servicio Madrileño de Salud), realizando la misma función y para cubrir idéntica necesidad coyuntural, tuvieran un tratamiento distinto en el momento de la extinción de su relación, sin que exista razón aparente que impida comparar entre sí contratos de duración determinada para evitar situaciones discriminatorias?»

[27] Una posible diferencia de trato entre determinadas categorías de personal con contratos de duración determinada, como la que señala el juzgado remitente, que no se basa en la duración determinada o indefinida de la relación de servicio, sino en su carácter funcionarial o laboral, no está incluida en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación consagrado por dicho Acuerdo marco. Esta diferencia de trato sólo podría estar incluida en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación establecido en la cláusula 4 del Acuerdo marco en el supuesto en que el juzgado remitente debiera declarar que trabajadores con una relación de servicio por tiempo indefinido y que realizan un trabajo comparable perciben una indemnización por extinción de la relación, mientras que esta indemnización se deniega al personal estatutario temporal eventual (apartados 67 y 68 de la sentencia).

Aunque la normativa europea no haya contemplado sanciones, sí obliga a la adopción de medidas proporcionadas y que sean lo bastante efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia de los objetivos del Acuerdo marco. Además, tales modalidades no deben ser menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno (**principio de equivalencia**) ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (**principio de efectividad),** así lo ha considerado, entre otras, en las Sentencias de 3 de julio de 2014, Fiamingo y otros, C-362/13, C-363/13 y C-407/13, apartado 62 y jurisprudencia citada; en la de 26 de noviembre de 2014, Mascolo y otros, C-22/13, C-61/13, C-63/13 y C-418/13, apartado 77 y en la de 14 de septiembre de 2016, en los asuntos Martínez Andrés y Castrejana López, C-184/15 y C-197/15.

En su análisis tiene en cuenta la naturaleza del servicio público que se presta. Argumenta que en una Administración que dispone de numeroso personal, como el sector de la sanidad pública, es inevitable que con frecuencia sean necesarias sustituciones temporales a causa, en particular, de la indisponibilidad de miembros del personal en situación de baja por enfermedad, de permiso de maternidad o de permiso parental u otras. La sustitución temporal de trabajadores en esas circunstancias puede, por tanto, constituir una razón objetiva que justifique tanto la duración determinada de los contratos concluidos con el personal sustituto como la renovación de esos contratos en función de nuevas necesidades, toda vez que la Administración debe de contar con el suficiente marco de flexibilidad que le permita adecuar constantemente el personal sanitario con el número de pacientes. Ahora bien, la jurisprudencia comunitaria ha puesto un límite claro: **no puede admitirse que nombramientos de duración determinada puedan renovarse para desempeñar de modo permanente y estable funciones de los servicios de salud incluidas en la actividad normal del personal estatutario fijo.** Concluye, así, que la renovación de contratos o relaciones laborales de duración determinada para cubrir necesidades que, de hecho, no tienen carácter provisional, sino permanente y estable, contradice la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo marco (véase, por analogía, la sentencia de 13 de marzo de 2014, Márquez Samohano, C-190/13, apartado 58).

Todo ello le permite concluir que la redacción actual del art. 9 de la Ley 55/2003 se opone a la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo marco en la medida en que deja un excesivo margen de libertad a la Administración al permitir que pueda recurrir a sucesivos nombramientos temporales cuando en realidad se trata de necesidades permanentes y estables y, en consecuencia, de puestos estructurales y en la medida en que no existe ninguna obligación de crear puestos estructurales[28].

Significa ello que en este caso la compatibilidad del art. 9 de la Ley 55/2003 pasa simplemente por evitar realizar una concatenación de nombramientos temporales cuando en realidad hay una necesidad estructural que requiere la creación de un nuevo puesto de trabajo.

Nótese que en este caso no se obliga a aplicar a estos nombramientos temporales como personal estatutario eventual la misma solución que prevé el Estatuto de los Trabajadores para el trabajador laboral eventual. La solución no es la misma que la aportada en la sentencia anterior donde directamente aplica a los interinos y personal eventual la misma solución que a los contratados laborales temporales (conversión en indefinidos u otra medida similar equivalente y no menos favorable).

Es decir, tal como parece apuntarse en este pronunciamiento, de una forma incluso más clara que en la Sentencia anterior que acabamos de comentar de la misma fecha, el Derecho Comunitario no impone necesariamente aplicar para el ordenamiento administrativo funcionarial el mismo régimen protector que

[28] La cláusula 5 del Acuerdo marco se opone a una normativa interna en la medida en que permite la renovación de sucesivos nombramientos de duración determinada en el sector de la sanidad pública para garantizar la prestación de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria, cuando, en realidad, estas necesidades son permanentes y estables; Y, asimismo, no existe ninguna obligación de crear puestos estructurales que pongan fin al nombramiento del personal estatutario temporal eventual que incumba a la Administración competente y le permite proveer los puestos estructurales creados mediante el nombramiento de personal estatutario temporal interino, de modo que la situación de precariedad de los trabajadores perdura, mientras que el Estado miembro de que se trata tiene un déficit estructural de puestos fijos en dicho sector.

ha previsto el ordenamiento laboral, que convierte el contrato de trabajo temporal irregular en un contrato de trabajo indefinido. A partir de ahí y a los meros efectos de cumplir con las exigencias de protección de la Directiva comunitaria para esta concreta modalidad de nombramientos temporales, tal vez bastaría con modificar simplemente la literalidad del art. 9 para cambiar el tiempo verbal que utiliza el precepto y obligar directamente a la Administración a crear un nuevo puesto de trabajo. Se trataría de restringir la discrecionalidad administrativa que la norma concede a la Administración y convertir la potestad discrecional de decidir si crea o no un puesto en una potestad reglada. Al fin y al cabo, la concatenación de nombramientos para realizar exactamente las mismas funciones no hace sino demostrar que, efectivamente, existe una necesidad estructural de la Administración que requiere la creación de un nuevo puesto de trabajo que, en todo caso, deberá ser cubierto a través de los correspondientes procesos selectivos y respetando los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

Esta nueva línea jurisprudencia ya está teniendo sus primeros efectos. Podemos traer a colación la STSJ de Andalucía, de 30 de septiembre de 2016, Sede de Sevilla, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección primera (apelación 221/2016). Ha revocado la sentencia Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Sevilla y estimado el derecho de la funcionaria recurrente "a ser mantenida en su puesto de trabajo de manera interina hasta en tanto no se proveyere de manera legal y reglamentaria y a los derechos inherentes a esa posición. Ello se entiende, como se razona en aquella sentencia, sin perjuicio de las facultades de la Administración para la amortización del puesto de trabajo o para el caso de mantenerlo someterlo al correspondiente proceso selectivo al que debería concurrir el provisionalmente contratado que habría de someterse y estar a los resultados de ese proceso sometido a los principios de igualdad, mérito y capacidad, y sin que quepa sin más la resolución del contrato por expiración del plazo consignado en el mismo". En este caso se trataba de una funcionaria que había sido objeto de numerosos y sucesivos nombramientos de naturaleza eventual, como auxiliar administrativo, en diversos hospitales andaluces, desde el mes de diciembre del año 2011, con un carácter sustancialmente interrumpido hasta el último nombramiento producido el 1 de marzo de 2015, respecto del que no se deja constancia de su fecha de finalización. Ante esta situación e invocando directamente esta jurisprudencia comunitaria solicitaba "la obtención de un nombramiento indefinido y que se le reconociera como personal laboral con relación laboral de carácter indefinido". Pues bien, aunque la sentencia considera que no se puede modificar por vía de sentencia la naturaleza de los nombramientos eventuales o de sustitución, si le reconoce su derecho a mantenerse en el puesto, toda vez que los sucesivos nombramientos venían a evidenciar la existencia de necesidades organizativas que no eran provisionales.

## A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿Y AHORA QUÉ?

Del análisis de las sentencias y autos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a los que hemos hecho referencia en las páginas anteriores podemos extraer algunas conclusiones que orienten a nuestros legisladores (tanto al legislador básico como a los distintos legisladores de desarrollo) y a la Administración a la hora de aplicar las condiciones de trabajo a los interinos.

1. En primer lugar, la Administración debe hacer un gran esfuerzo por cambiar su cultura jurídica y evitar a toda costa la utilización abusiva de la interinidad. Todos los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se producen ante casos de interinos llamados "permanentes" o "de larga duración". En estas condiciones se pervierte la naturaleza jurídica del interino y a partir de ahí se explica que la existencia de un vínculo temporal con la Administración no haya sido considerada por la jurisprudencia comunitaria como motivo suficiente como para no aplicar al interino las mismas "condiciones de trabajo" del funcionario de carrera, esto es, su mismo régimen jurídico en cuanto a derechos, deberes o situaciones administrativas, por ejemplo. Ello supone una importantísima novedad respecto a lo que ha sido la tradición en nuestro ordenamiento jurídico funcionarial hasta hace tan sólo unos años.

2. En segundo lugar, con independencia de lo que pueda decir incluso el propio legislador, básico o estatutario, la desigualdad de trato entre ambas categorías sólo tendría cobertura cuando la misma esté justificada por la existencia de elementos precisos y concretos, que caractericen la condición de trabajo de

que se trata, en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes. La mera temporalidad del vínculo no justifica la desigualdad de trato entre ambas figuras. Sólo estos criterios permiten verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto. Tales elementos pueden tener su origen, en particular, en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran los contratos de duración determinada y en las características inherentes a las mismas o, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado.

A partir de ahí, la jurisprudencia comunitaria reconoce un importante marco de actuación para los Estados miembros en relación con las potestades de organización de sus Administraciones públicas, lo que les permite la posibilidad de establecer un régimen jurídico distintos para los funcionarios interinos en determinadas instituciones. Así, se ha considerado que las Administraciones pueden, sin infringir la Directiva 1999/70 ni el Acuerdo marco, establecer requisitos de antigüedad para acceder a determinados puestos, restringir el acceso a la promoción interna a los funcionarios de carrera y exigirles que demuestren tener una experiencia profesional correspondiente al grupo inmediatamente inferior al que es objeto del proceso selectivo (sentencias de 8 de septiembre de 2011, Rosado Santana, C-177/10, EU:C:2011:557, apartado 76, y de 18 de octubre de 2012, Valenza y otros, C-302/11 a C-305/11, EU:C:2012:646, apartado 57, y auto de 7 de marzo de 2013, Bertazzi y otros, C-393/11, no publicado, EU:C:2013:143, apartado 43).

3. En tercer lugar, corresponde a los órganos internos de cada Estado apreciar dichas circunstancias. Serán los jueces y tribunales españoles los órganos encargados de comprobar si la situación del funcionario interino es comparable a la de otro funcionario público de carrera de esa Administración. Además, están habilitados para inaplicar incluso una norma con rango de ley que desconozca esta línea jurisprudencial. Así se ha apuntado recientemente en la STC 232/ 2015, en la que se resalta la aplicación directa y preferente del Derecho Comunitario sobre las leyes, reglamentos y actos administrativos en materia funcionarial. No hemos de olvidar que el principio de igualdad de trato se ha configurado como uno de los principios fundamentales de la política social europea, por lo que no puede ser interpretado de una forma restrictiva. Distinta es la posición en la que se encuentra la Administración. El principio de legalidad le obliga a cumplir con las normas.

4. Aunque el Derecho Comunitario establece la obligación de que los Estados miembros adopten medidas preventivas y de protección de los empleados temporales, no enuncia sanciones específicas para el caso de que se compruebe la existencia de abusos. Corresponde al Estado español adoptar medidas, que no sólo deben ser proporcionadas, sino también lo bastante efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo marco. Aunque existe un importantísimo marco de actuación para los ordenamientos internos, existen unas exigencias de equivalencia y de efectividad, que expresan la obligación general a cargo de los Estados miembros de garantizar la tutela judicial de los derechos que los justiciables deducen del Derecho de la Unión. A partir de ahora se presenta para el Estado español un marco abierto, pero deberá adoptar algunos cambios importantes en materia funcionarial. En todo caso, las medidas que se adopten deben respetar dos principios comunitarios esenciales en esta materia:

- A) <u>Principio de equivalencia:</u> Las medidas que se adopten no deben ser menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno. ¿Significa esto que las medidas deben ser al menos las previstas para los contratados laborales temporales, que implican la conversión de su contrato temporal en indefinido? Como recuerdan los puntos 39, 40 y 41 de la STJ de la UE de 14 de septiembre de 2016 (asuntos acumulados Martínez Andrés y Castrejana López, así como la jurisprudencia allí citada), "la cláusula 5 del Acuerdo marco no impone a los Estados miembros una obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada". Significa esto que la normativa comunitaria no obliga a que la Administración española adopte para los funcionarios interinos (y para el personal estatutario eventual) la misma solución que ha previsto nuestra jurisprudencia, primero, y después el legislador básico estatutario (art. 11 del TRLEBEP), para los empleados públicos contratados

temporal e irregularmente. Ahora bien, sí debe adoptar una medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada.

En virtud de la función de orientación que corresponde al Tribunal Europeo, y por tanto, sin que sea obligatorio, se sugiere en el punto 53 de esta misma sentencia que, en la medida en que en el ordenamiento funcionarial no existe una medida equivalente de protección similar a la que existe para sus empleados laborales temporales, **"la asimilación de dicho personal con relaciones de servicio de duración determinada a los trabajadores indefinidos no fijos, con arreglo a la jurisprudencia nacional existente, podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción de lo dispuesto en el Acuerdo marco".**

Se deja abierta la puerta hacia la instauración de una especie de "funcionario interino indefinido" en claro paralelismo con la figura del "contratado indefinido". En todo caso, la solución final que se adopte no puede suponer, bajo ningún concepto, la adquisición de funcionario de carrera porque ello pugnaría con los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

- B) Principio de efectividad: las medidas que adopte el Estado español no deben hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por las normas comunitarias. En este sentido, sobre la forma de materializar esta tutela para el funcionario interino, aunque el TJUE remite a las normas procesales internas, la mera opción de que el funcionario tenga que ejercitar una nueva opción ante un tribunal diferente para determinar la sanción apropiada una vez declarada judicialmente la existencia de utilización abusiva de contratos (o nombramientos) de duración determinada "no muestra ser conforme con el principio de efectividad, en la medida en que de ella se derivan necesariamente para dicho trabajador inconvenientes procesales, en forma, en particular, de costes, de duración y de normativa de representación procesal" (puntos 63 y 64 de la STJUE de 14 de septiembre de 2016, asuntos Martínez Andrés y Castrejana López). Significa ello que corresponde al mismo Juzgado o Tribunal que conoce del asunto establecer la concreta protección al funcionario.

5. Es previsible que ante las expectativas creadas por esta nueva línea jurisprudencial se genere una importantísima conflictividad judicial buscando la aplicación de la doctrina apuntada en la sentencia Martínez Andrés y Castrejana. Asimismo, es previsible que se produzcan presiones para que las Administraciones Públicas procedan a realizar procesos extraordinarios de consolidación de empleo para regularizar la figura de los interinos de larga duración[29]. Es este sentido, la Disposición Transitoria cuarta del TRLEBEP sería insuficiente porque sólo afectaría a los que tenían ya esta condición con anterioridad al 1 de enero de 2005. Todos los interinos que pueden llevar incluso hasta 11 años de prestación de servicios quedarían fuera de la cobertura de este supuesto. Además, todos estos procesos deben ser respetuosos con los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y concurrencia competitiva. Lo razonable sería una nueva intervención por parte del legislador básico estatal. En todo caso, habría que tener en cuenta que se trata de procesos extraordinarios que, como ha recordado la STSJ de Galicia de 11 de abril de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección1ª, la persona que ocupa interinamente estas plazas

[29] El Auto del Tribunal Supremo de 3 marzo de 2015, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, ha acordado plantear al Tribunal Constitucional una cuestión de inconstitucionalidad sobre las prescripciones de la disposición transitoria novena de la Ley 7/2003, de 25 de abril, de Protección de la Salud , de la Comunidad Autónoma de Cataluña, en la medida en que establecía un doble sistema especial de valoración de los interinos en el procedimiento selectivo previsto para que el personal interino al servicio del cuerpo de farmacéuticos titulares pudiera acceder a la condición de funcionario del cuerpo de titulación superior de la Generalidad, Salud Pública. El establecimiento de una regla especial de valoración de los servicios prestados en funciones propias de las plazas convocadas puede suponer una posible infracción de los artículos 14 y 23.2 de la Constitución, en lo que disponen sobre el derecho a la igualdad con carácter general y sobre el derecho de acceder en condiciones de igualdad a los cargos y funciones públicas. En concreto, los apartados 9.2 (letra b ) y 9.3 de su disposición transitoria novena establecen un turno de reserva especial que, dentro del concurso-oposición libre que regulan, se reconoce únicamente al personal mencionado en el apartado 9.1 pero que no se halle en las situaciones de la letra a); un turno especial cuyo contenido o virtualidad se concreta en la posibilidad de que al colectivo beneficiario de dicho turno se le aplique una "especial valoración" y, como consecuencia de ello, una superior puntuación en los servicios profesionales que como mérito pueden ser alegados y acreditados en el proceso selectivo.

que habrían de regularse por responder a necesidades estructurales no tiene garantía alguna, primero, de que vaya a superar dicho procedimiento, y segundo, de que se le vaya a adjudicar el puesto que venía ocupando temporalmente en el caso de que lo supere, pues los puestos se ofertarán para todos los candidatos que lo hayan superado y se adjudicarán por el orden que ocupen en la lista de seleccionados. Nunca se podrá hablar de un derecho subjetivo a favor de los recurrentes en el sentido de que se les reserven sus puestos.

# LA CONTRATACIÓN TEMPORAL TRAS LAS STJUE DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 2016. LOS CASOS DE DIEGO PORRAS, PÉREZ LÓPEZ Y MARTÍNEZ ANDRÉS.

*Autor: Carlos Hugo Preciado Domènech*

**I.- INTRODUCCIÓN: LA CONTRATACIÓN TEMPORAL EN ESPAÑA DESPUÉS DEL 14 DE SEPTIEMBRE DE 2016 ..... 6**

**II.- LA DIRECTIVA 99/70 DE TRABAJO DE DURACIÓN DETERMINADA. CUESTIONES GENERALES ..... 8**

**III.- COMENTARIO DE LA STJUE 14/09/16. CASO DE DIEGO PORRAS CONTRA MINISTERIO DE DEFENSA ..... 13**

III.1.- MARCO NORMATIVO DE LA CONTROVERSIA ..... 13

III.2.- SUPUESTO DE HECHO: ..... 14

III.3.- LA RESPUESTA DEL TJUE ..... 15

*III.3.1- El concepto de "condiciones de trabajo": La indemnización por finalización de contrato de duración determinada es una condición de trabajo a efectos de la Directiva 99/70 ..... 15*

*III.3.2.- La normativa española enjuiciada (art.49.1c) ET, art.53.1b) y art.15.1 ET) es contraria a la Cláusula 4 del Acuerdo marco porque deniega cualquier indemnización por finalización del contrato de trabajo al trabajador con contrato de interinidad, mientras que concede a los trabajadores fijos comparables una indemnización de 20 días por año en el caso de (a49.1c) ET) ..... 16*

III.4.- CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN DE LOS TRABAJADORES CON CONTRATO DE DURACIÓN DETERMINADA (TCDD) EN LA DOCTRINA DEL TJUE ..... 18

*III.4.1- La prohibición de discriminación de los TCDD como Principio de Derecho Social y como principio general del Derecho de la Unión. ..... 18*

*III.4.2.- El estándar europeo de la igualdad de trato y no discriminación, en general ..... 19*

*III.4.3.- La aplicación del estándar de igualdad de trato y no discriminación a los trabajadores/as con contratos de duración determinada. ..... 20*

*III.4.4.- La eficacia directa vertical y horizontal de la cláusula 4 del Acuerdo Marco ..... 23*

*III.4.5.- El posible impacto de la doctrina sobre otros contratos distintos del de interinidad por sustitución: interinos para cobertura de vacante, formativos, obra y servicio y eventuales. ..... 26*

*III.4.6.- El impacto de la doctrina sobre el personal laboral indefinido no fijos ..... 29*

*III.4.7.- El posible impacto de la doctrina sobre el personal funcionario interino ..... 30*

Hay que partir de que no hay duda alguna que la Directiva 99/70 se aplica al personal funcionario interino de las Administraciones públicas. ..... *30*

III.5- CONCLUSIONES: TRASCENDENCIA PRÁCTICA DE LA DOCTRINA DE DIEGO ..... 31

*III.5.1.- ¿Se trata sólo de un caso concreto o afecta a una generalidad de supuestos? ..... 31*

*III.5.2.- ¿La doctrina De Diego es extrapolable a otros contratos temporales distintos del de interinidad? ..... 32*

*III.5.3.- ¿La doctrina De Diego es invocable sólo frente a Administraciones Públicas o también frente a particulares? ..... 33*

*III:5.4.- ¿Afecta esta resolución a otras categorías de trabajadores de duración determinada, en particular a los indefinidos no fijos? ..... 33*

*III.5.5.- ¿Es aplicable a los funcionarios interinos que cesen finalizar la causa que dio lugar a su nombramiento? ..... 33*

*III.5.6.- ¿Qué indemnizaciones podrán reclamarse? ..... 33*

*III.5.7.- ¿Qué impacto temporal tiene esta resolución? ..... 33*

**IV.- COMENTARIO DE LA STJUE 14/09/16. CASO PÉREZ LÓPEZ CONTRA SERSACAM: Personal estatutario temporal eventual: prohibición de contratación sucesiva**

**temporal para cubrir necesidades permanentes y discriminación por falta de indemnización al cese ..... 35**
IV.1.- MARCO NORMATIVO DE LA CONTROVERSIA ..... 35
IV.2.- SUPUESTO DE HECHO ..... 36
IV.3.- RESPUESTA DEL TJUE ..... 38
IV.4.- COMENTARIO ..... 39
*IV.4.1.- El ámbito de aplicación de la Directiva 99/70 ..... 39*
*IV.4.2.- La renovación de contratos de duración determinada para cubrir necesidades que, de hecho, no tienen carácter provisional, sino permanente y estable ..... 39*
IV.4.2.1.- La doctrina del TJUE sobre los límites de la sucesión de contratos de duración determinada ..... 39
IV.4.2.2.- La regularidad de la normativa nacional (art.9.3 Ley 55/03) ..... 40
IV.4.2.3.- La irregularidad de práctica nacional (art.9.3 Ley 55/03) ..... 41
*IV.4.3.- Regularidad de una norma que impone que la relación de servicio finalice en la fecha prevista en el nombramiento de duración determinada y que se abone la liquidación de haberes, sin perjuicio de un posible nombramiento posterior; siempre que no atente al efecto útil de la Directiva. ..... 42*
*IV.4.4.- La Directiva no se aplica a diferencias de trato entre trabajadores temporales ..... 42*
*IV.4.5.- La sentencia del Juzgado de lo Contencioso nº 4 de Madrid en el PA 371/13 ..... 43*
IV.5.- CONCLUSIONES: TRASCENDENCIA PRÁCTICA DE LA DOCTRINA PÉREZ LÓPEZ ..... 44

**III.- COMENTARIO DE LA STJUE 14/09/16. CASOS MARTÍNEZ ANDRÉS CONTRA SERVAS Y CASTREJANA CONTRA AYUNTAMIENTO DE VITORIA ..... 47**
V.1.- MARCO NORMATIVO DE LA CONTROVERSIA ..... 47
V. 2.- SUPUESTO DE HECHO ..... 48
V.3.- RESPUESTA DEL TJUE ..... 49
V.4.- COMENTARIO ..... 49
V.5.- CONCLUSIONES: TRASCENDENCIA PRÁCTICA DE LA DOCTRINA MARTÍNEZ ANDRÉS Y CASTRESANA ..... 52

**VI.- PROCEDIMIENTOS JUDICIALES DERIVADOS DE LA EXTINCIÓN DE CONTRATOS TEMPORALES DE CARÁCTER LABORAL Y DE RELACIONES FUNCIONARIALES O ESTATUTARIAS. ..... 53**
VI.1.- Cuestiones relativas a trabajadores ..... 53
*VI.1.1.- Principio de efectividad y sus implicaciones procesales ..... 53*
*VI.1.2.- Procedimiento ordinario de reclamación de cantidad ..... 56*
*VI.1.3.- Procedimiento de despido ..... 57*
*VI.1.4.- Procedimiento de tutela de derechos fundamentales ..... 59*
*VI.1.5.- El conflicto colectivo ..... 61*
*VI.1.6.- Sobre las extinciones producidas antes de 14/09/2016 ..... 63*
VI.2.- Cuestiones relativas a personal laboral Administración Pública ..... 67
*VI.2.1.- La supresión de la reclamación previa laboral por la Ley 39/2015 de 1 de octubre ..... 67*
VI.2.1.1.- Panorámica de las modificaciones operadas por la Ley 39/15 en la LRJS ..... 67
VI.2.1.2.- La supresión de la reclamación previa por la Ley 39/2015 ..... 71
VI.2.1.3- Las distintas interpretaciones derivadas de la supresión de la reclamación previa laboral. ..... 74
VI.2.1.4.- Conclusiones prácticas. ..... 80
*VI.2.2.- El personal indefinido no fijo. ..... 80*
VI.3.- Cuestiones relativas a personal funcionario interino y estatutario ..... 81
*VI.3.1.- Aplicación del principio de efectividad en el Orden contencioso ..... 81*
*VI.3.2- El procedimiento abreviado por cese ..... 81*
*VI.3.3.- El procedimiento de tutela de derechos fundamentales. ..... 81*
*VI.3.4.- Acumulación, tramitación preferente y suspensión ..... 82*

*VI.3.5.- La extensión de sentencia* ..... *83*
*VI.3.6.- La novedad de la Ley 39/15, de suspensión administrativa previa hasta que recaiga pronunciamiento judicial* ..... *83*

**VIII.- ANEXO DOCTRINA DEL TJUE ..... 84**

## *I.- INTRODUCCIÓN: LA CONTRATACIÓN TEMPORAL EN ESPAÑA DESPUÉS DEL 14 DE SEPTIEMBRE DE 2016*

El 14 de septiembre de 2016 han recaído tres sentencias del TJUE de trascendental importancia para el régimen de la contratación temporal en España. Me refiero a las conocidas como los casos De Diego Porras, Pérez López y Martínez Andrés, en los que ha resultado condenada España por la incorrecta transposición y/o aplicación de la Directiva 1999/70 de 28 de junio sobre trabajo de duración determinada , tanto en el ámbito de las relaciones laborales como en el ámbito funcionarial y estatutario.

El presente trabajo tiene el propósito, a modo de "*pronto intervento"*, de trazar un esbozo de la problemática que para los operadores jurídicos representarán los múltiples interrogantes que plantean las citadas sentencias, en un momento -como el presente- en que los Agentes sociales y el Ministerio de Empleo ya han celebrado las primeras reuniones para analizar el impacto que las tres sentencias pueden tener en el marco regulador del trabajo temporal público y privado en España[1]. Dicho propósito, a buen seguro, se revelará pronto desbordado cuando se planteen -como ya está ocurriendo- las primeras demandas ante nuestros órganos jurisdiccionales, pues la realidad supera a menudo la capacidad de análisis que, *ex ante,* se pueda desplegar desde el plano teórico, y suele ser mucho más rica en matices y problemas. Sin embargo ello no nos exime de intentar en estos primeros momentos, aventurar algunos problemas que la doctrina ya ha venido identificando y que están incorporándose a las primeras resoluciones judiciales.

Para ello, como estudio introductorio, abordaremos en primer lugar algunas cuestiones generales relativas a la Directiva 99/70 de trabajo de duración determinada, como son sus objetivos, las cláusulas antidiscriminatorias y de prohibición de abuso de contratación sucesiva y el concepto de trabajador de duración determinada; elementos indispensables para abordar un estudio mínimamente riguroso de las tres sentencias.

Fijadas estas premisas, partiremos de la sentencia que más calado ha tenido y está teniendo y que ya ha dado lugar, al cerrar este trabajo, a 4 pronunciamientos judiciales, que a buen seguro se multiplicarán en los próximos meses. Nos referimos al caso De Diego Porras. Sentencia de innegable calado en un país como España cuya tasa de temporalidad en 2016 es la segunda más alta de la UE (sólo por debajo de Polonia), con un 24 %, diez puntos por encima de la media en la UE [2]

Los casos Pérez López y Martínez Andrés, en los ámbitos funcionarial y estatutario también serán objeto de nuestra atención, pues aportan novedades de interés en un ámbito -el empleo público- donde el mal ejemplo de la precariedad laboral ha adquirido dimensiones alarmantes (más de 300.000 trabajadores según fuentes sindicales), de forma que la tasa de interinidad ronda el 11% y sube al 20% en Educación.

Concluiremos este análisis de urgencia examinando los diversos procesos por los que en la vía laboral y contenciosa pueden articularse las pretensiones que plantean las novedades de la doctrina del TJUE, sin perjuicio de reconocer de antemano, que todo intento de abarcar la multitud de cuestiones que en la práctica se van a suscitar es -como toda esperanza- tan necesaria como inalcanzable.

[1] http://www.elmundo.es/economia/2016/10/17/5803be0c22601d503d8b461a.html
[2] http://www.1mayo.ccoo.es/nova/NPortada?CodPortada=1155


Autor: Carlos Hugo Preciado Domènech
Magistrado especialista del Orden Social

Una vez hemos glosado la estructura del presente trabajo, no podemos cerrar este capítulo introductorio sin hacer mención a la necesidad de reformas normativas que las sentencias que vamos a comentar implican, desde el momento que dejan en clara evidencia un mercado de trabajo basado en el abuso sistémico de la temporalidad, como nota distintiva de la nueva clase social: el "precariado"[3].

Tales reformas podrán tener la tentación de discurrir en la senda de una igualación " a la baja" de las condiciones de trabajo, ataviada del vistoso traje que se conoce como "contrato único", [4] que en realidad encubre la sustracción del despido al control judicial, por la vía del abaratamiento de las indemnizaciones, sobre todo en los primeros años de contrato, como se ha ensayado ya con el contrato de apoyo a emprendedores.

Sin embargo, existen potentes argumentos jurídicos para superar tales tentaciones, como son el derecho a no ser despedido sin justa causa, como parte esencial del derecho al trabajo (art.35CE), el convenio 158 de la OIT o, en fin, el art.30 de la CDFUE, que habrá de tenerse en cuenta cuando de la aplicación del Derecho de la Unión se trate; y en relación con todos ellos el derecho a la tutela judicial efectiva.

Pero, sobre todo, la cláusula del Estado Social (art.9.2 CE) obliga al Estado a concebir a los trabajadores precarios, entre los que suman los temporales (1 de cada 4 trabajadores), como una nueva categoría de personas discriminadas (art.14 CE), por la condición social de trabajador temporal, ya que dicha condición incide nuclearmente de forma negativa en el desarrollo de su personalidad, y por tanto en la vertiente positiva de su dignidad al no poder hacer planes de futuro, estando siempre pendientes de si se produce o no su "próxima renovación".

Además, están sujetos a peores condiciones de trabajo que los trabajadores fijos comparables, teniendo mermado su derecho a la tutela judicial, pues el fantasma de la "no renovación" planea siempre sobre ellos, disuadiéndoles de todo intento de reclamar sus derechos.

En conclusión, las sentencias que vamos a comentar habrían de verse no como una oportunidad de extender el precariado a más capas de población por medio de la igualación a la baja de condiciones laborales, sino como una oportunidad para erradicar el abuso de la temporalidad como patología de las relaciones laborales en España; temporalidad incompatible con un Estado que se proclama Social en el pórtico mismo de su norma suprema; e incompatible también con nuestra realidad económica, pues la tasa de temporalidad se halla 10 puntos por encima de la que correspondería a la productividad de nuestra economía[5].

*Carlos Hugo Preciado Domènech*
*Magistrado especialista en el Orden Social*

---

3 Guy Standing (2011, 2013), The Precariat: The New Dangerous Class, Londres, Bloom- sbury Academic, 2011 [ed. cast.: El precariado: una nueva clase social, Barcelona, Pasado y Presente].
4 FALGUERA BARÓ, M.A- Revista on-line de la comisión de lo Social de Jueces para la Democracia. puede consultarse en http://publiacionesjuecesdemocracia.blogspot.com.es/
5http://cincodias.com/cincodias/2016/09/22/economia/1474556166_217428.htlm

## *II.- LA DIRECTIVA 99/70 DE TRABAJO DE DURACIÓN DETERMINADA. CUESTIONES GENERALES.*

Los presupuestos de política laboral sobre los que descansa la Directiva 99/70, parten del **contrato indefinido como contrato típico y más deseable para los trabajadores/as.**
En efecto en su Considerando 6º se afirma que los contratos de trabajo de duración indefinida son la forma más común de relación laboral, y que contribuyen a la calidad de vida de los trabajadores afectados y a mejorar su rendimiento-
La finalidad del Acuerdo marco consiste, en particular, **en mejorar la calidad del trabajo de duración determinada** estableciendo condiciones mínimas que garanticen la aplicación del principio de no discriminación y la evitación del abuso de la contratación sucesiva.

En efecto, el Acuerdo, según sus firmantes (preámbulo pfo3) , ilustra la voluntad de los interlocutores sociales de establecer **un marco general para garantizar la igualdad de trato a los trabajadores con un contrato de duración determinada**, protegiéndolos contra **la discriminación,** y con el **fin de utilizar contratos laborales de duración determinada sobre una base aceptabl**e para los empresarios y los trabajadores.

Por esa razón, **el objeto del Acuerdo marco es doble:**
a) mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto al **principio de no discriminación**;
b) establecer un marco para e**vitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada**.

En esta línea, la Directiva pretende **privar de la discrecionalidad del empleador el uso (y abuso) de contratos de duración determinada**, de forma que considera (Considerando 7º) que la utilización de contratos de trabajo de duración determinada basados en razones objetivas es una forma de evitar abusos.
No obstante, la Directiva parte de que **los contratos de duración determinada** son **característicos del empleo en algunos sectores, ocupaciones y actividades** y que pueden **convenir tanto a los empresarios como a los trabajadores.**

**Para lograr tales objetivos** el Acuerdo Marco, como apuntábamos, contiene **dos cláusulas nucleares** de la protección que pretende dispensar para lograr el doble objetivo garantizar la no discriminación y evitar abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos.
La cláusula 4 contiene la prohibición de discriminación.
La cláusula 5 contiene las medidas destinadas a evitar la utilización abusiva

El Acuerdo marco **no establece los requisitos para que puedan utilizarse los contratos de trabajo de duración determinada** y no **tiene por objeto armonizar todas las normas nacionales relativas a los contratos de trabajo de duración determinada**. En efecto, su objeto es únicamente establecer, fijando principios

generales y prescripciones mínimas, un marco general para garantizar la igualdad de trato a los trabajadores con contrato de duración determinada, protegiéndolos contra la discriminación, y para evitar los abusos derivados de la utilización de contratos sucesivos de trabajo de duración determinada o de relaciones laborales de este tipo[6] .

**La perspectiva de género**, no puede ser orillada, puesto que según el preámbulo de la propia Directiva más de la mitad de los trabajadores con contratos de duración determinada en la Unión Europea son mujeres, y por lo tanto, el Acuerdo puede contribuir a mejorar la igualdad de oportunidades entre las mujeres y los hombres.
Este enfoque de género habría de propiciar **análisis desde la perspectiva de la discriminación indirecta,** como ha venido ocurriendo con otros ámbitos de la contratación temporal conocidamente feminizados, como es la contratación parcial (Vid. Directiva 97/81 y doctrina del TJUE)[7]. Sin embargo, en este ámbito no se ha prodigado la doctrina del TJUE. Encontramos la STJCE 4 octubre 2001, Jiménez Melgar, Asunto C-438/1999, en la que analiza un supuesto de discriminación directa y concluye la aplicación de la Directiva 76/207 (Hoy Directiva), y sostiene que en la medida en que la falta de renovación de un contrato de trabajo de duración determinada esté motivada por el embarazo de la trabajadora, constituye una discriminación directa por razón de sexo, contraria a los artículos 2, apartado 1, y 3, apartado 1, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976 ( LCEur 1976, 44) , relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo .

Partiendo de todo ello, **la trasposición de las cláusulas 4 y 5 de la directiva 99/70** a **nuestro derecho interno**, podemos hallarla en los **arts. 15.6 ET** (prohibición de discriminación) [8] y **15.5 del ET** (medidas frente a la contratación sucesiva abusiva)[9]. Dichos preceptos han sido objeto de desarrollo reglamentario por el RD 2720/98 de 18 de diciembre.

---

[6] STJUE 14 septiembre 2016. Caso Pérez López c. España. f.58, con cita de SSTJUE 18 de octubre de 2012, Valenza y otros, C-302/11 a C-305/11, EU:C:2012:646, apartado 63 y jurisprudencia citada, y auto de 7 de marzo de 2013, Bertazzi y otros, C-393/11, no publicado, EU:C:2013:143, apartado 48).

[7] Ejs. STJCE 7 marzo 1996. Caso Feers y Speckmann. Asunto C-100/95; STJCE 27 mayo 2004. Caso Elsner-Lakeber. Asunto C-285/2002, etc

[8] Art.15.6 ET. Los trabajadores con contratos temporales y de duración determinada tendrán los mismos derechos que los trabajadores con contratos de duración indefinida, sin perjuicio de las particularidades específicas de cada una de las modalidades contractuales en materia de extinción del contrato y de aquellas expresamente previstas en la ley en relación con los contratos formativos. Cuando corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los convenios colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado.
Cuando un determinado derecho o condición de trabajo esté atribuido en las disposiciones legales o reglamentarias y en los convenios colectivos en función de una previa antigüedad del trabajador, esta deberá computarse según los mismos criterios para todos los trabajadores, cualquiera que sea su modalidad de contratación.

[9] Art. 15.5 ET. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 1.a), 2 y 3, 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 puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, 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.
Lo establecido en el párrafo anterior también será de aplicación cuando se produzcan supuestos de sucesión o subrogación empresarial conforme a lo dispuesto legal o convencionalmente.
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, a los contratos temporales celebrados en el marco de programas públicos de empleo-formación, así como a los contratos temporales que sean utilizados por empresas de inserción debidamente registradas y el objeto de dichos contratos sea considerado como parte esencial de un itinerario de inserción personalizado.

Una vez fijado el marco comunitario y nacional de la cuestión, conviene ahora esbozar algunos conceptos básicos de la Directiva, que nos resultarán de utilidad a lo largo del presente trabajo.

**Ámbito de aplicación:** la Directiva (Cláusula 2 del Acuerdo) se aplica a los **trabajadores con un trabajo de duración determinada** cuyo contrato o relación laboral esté definido por la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro.
Los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales podrán prever que el presente Acuerdo no se aplique a:
a) las relaciones de formación profesional inicial y de aprendizaje;
b) los contratos o las relaciones de trabajo concluidas en el marco de un programa específico de formación, inserción y reconversión profesionales, de naturaleza pública o sostenido por los poderes públicos.

Quedan **excluidos del ámbito de aplicación** los **contratos celebrados por Empresas de Trabajo Temporal,** puesto que el concepto de trabajador con un contrato de duración determinada que formula la cláusula 3 del Acuerdo lo define trabajador con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, como así lo evidencia el considerando 13 de la Directiva 99/70[10]
Ello sitúa fuera del ámbito de la Directiva 99/70 las relaciones de trabajo con ETT, puesto que a las mismas se aplica la **Directiva 2008/104/CE de 19 de noviembre** cuyo artículo 5 consagra el principio de igualdad de trato de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal y los trabajadores contratados directamente por la empresa usuaria, por lo que la solución pudiera ser la misma[11]

---

[10] Considerando 13: Los interlocutores sociales quisieron conceder una atención especial al trabajo de duración determinada, al tiempo que indicaban que tenían la intención de considerar la necesidad de un acuerdo similar para las
empresas de trabajo temporal;

[11] Artículo 5 Directiva 2008/104 Principio de igualdad de trato
1. Las condiciones esenciales de trabajo y de empleo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal durante su misión en una empresa usuaria serán, por lo menos, las que les corresponderían si hubiesen sido contratados directamente por dicha empresa para ocupar el mismo puesto.
A efectos de la aplicación del párrafo primero, las normas vigentes en la empresa usuaria relativas:
a) A la protección de las mujeres embarazadas y en período de lactancia, y de los niños y jóvenes; así como
b) a la igualdad de trato entre hombres y mujeres y a las disposiciones adoptadas con vistas a combatir toda discriminación basada en el sexo, la raza o el origen étnico, la religión o las creencias, la discapacidad, la edad o la orientación sexual, deberán respetarse, tal como establezcan las disposiciones legislativas, reglamentarias, administrativas, los convenios colectivos y demás disposiciones de alcance general.
2. Por lo que se refiere a la remuneración, los Estados miembros podrán, tras consultar a los interlocutores sociales, establecer excepciones a las disposiciones contempladas en el apartado 1 cuando los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, vinculados a la empresa de trabajo temporal por un contrato indefinido, continúen siendo remunerados en el período de tiempo comprendido entre la ejecución de dos misiones.
3. Los Estados miembros, tras consultar a los interlocutores sociales, podrán ofrecerles, al nivel apropiado y observando las condiciones establecidas por los Estados miembros, la posibilidad de mantener o celebrar convenios colectivos que, siempre que respeten la protección global de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, contemplen acuerdos relativos a las condiciones de trabajo y de empleo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, que puedan ser diferentes de los contemplados en el apartado 1.
4. Siempre que se ofrezca un nivel de protección adecuado para los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, los Estados miembros en cuya legislación no exista un sistema para declarar la aplicación general de los convenios colectivos, ni exista en su legislación o en la práctica un sistema semejante para extender sus disposiciones a todas las empresas similares en un sector o zona geográfica determinados, podrán, previa consulta de los interlocutores sociales a escala nacional y sobre la base de un acuerdo celebrado por estos, establecer disposiciones relativas a las condiciones esenciales de trabajo y de empleo que constituyan excepciones al principio contemplado en el apartado 1. Dichas disposiciones podrán incluir la fijación de un plazo para alcanzar la igualdad de trato.
Las disposiciones a que se refiere el presente apartado se ajustarán al Derecho comunitario y serán suficientemente precisas y accesibles para permitir a los sectores y empresas afectados identificar y cumplir sus obligaciones. En particular, los Estados miembros especificarán, de conformidad con el artículo 3, apartado 2, si los regímenes profesionales de seguridad social, incluyendo pensiones, prestaciones económicas por enfermedad o los regímenes de participación financiera, están incluidos en las disposiciones relativas a las condiciones esenciales de trabajo y de empleo a que se refiere el apartado 1. Dichas disposiciones se entenderán, asimismo, sin perjuicio de los acuerdos a escala nacional, regional, local o sectorial que sean menos desfavorables a los trabajadores.

Resta por analizar, en este capítulo preliminar, el concepto **de contrato de trabajo de duración determinada**, que es el objeto de la Directiva y que -ya podemos avanzar- no es un concepto coextenso con el concepto de contrato de duración determinada en nuestro Derecho interno.

**La cláusula 3 del Acuerdo define el trabajador con contrato de duración determinada como** *"el trabajador con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que* ***el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas*** *tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado"*

Para empezar, hay que dejar sentado que dicha definición **engloba a todos los trabajadores, sin establecer diferencias en función del carácter público o privado del empleador** para el que trabajan (vid. STJCE 4 julio 2006, Caso Adeneler y otros. Asunto C-212/04). Ello, que ha supuesto la aplicación de la Directiva, como tendremos ocasión de ver, a personal funcionario y estatutario de la Administración[12].

Hecha esta precisión, importa ahora detenernos brevemente en el **concepto de "trabajador con contrato de duración determinada".** Ello es de trascendental importancia, puesto que si el contrato no es de duración determinada el TJUE no entrará a resolver sobre la cuestión por falta de competencia, como ocurrió en el caso del contrato de apoyo de emprendedores en la STJUE 5 febrero 2015. Caso Nisttahuz, Asunto C-117/14[13]
Nótese que **tal naturaleza, en el Derecho de la UE** viene determinada por **las condiciones objetivas que determinan la finalización del contrato**, y no por la sujeción a plazo Al contrario, en nuestro derecho interno, (art.15.1a),b) y c) ET), el contrato es de duración determinada cuando esté sujeto a plazo, sea este cierto o incierto: *certus an et certus quando vs. certus an et incertus quando*; pero no cuando está sujeto a condición, como podría ser " *la producción de un hecho o acontecimiento determinado",* a que se refiere el Acuerdo Marco y que en derecho interno da lugar a la extinción del contrato indefinido por concurrencia de condición resolutoria válidamente pactada (art.49.1 b) ET), ej. objetivos mínimos de ventas o condiciones de rendimiento[14]

---

5. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias, de conformidad con el derecho o las prácticas nacionales, con vistas a evitar la aplicación abusiva de este artículo y, en particular, que se lleven a cabo cesiones sucesivas con el objetivo de eludir las disposiciones de la presente Directiva, e informarán a la Comisión de dichas medidas.

12 STJUE 14 septiembre 2016 Caso Martínez Andrés. Asuntos C-184/15 y C- 197/2015
STJUE 14 septiembre 2016. Caso Pérez López Asunto.C-16/15; STJCE 4 octubre 2001, Jiménez Melgar, Asunto C-438/1999; STJCE 13 septiembre 2007. TJCE 2007/229. Caso Yolanda del Cerro Alonso contra Osakidetza-Servicio Vasco de Salud. Asunto C-307/05, etc

[13] El Juzgado de lo Social nº 23 de Madrid planteó al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:
«1) ¿Es contrari[a] al Derecho de la Unión y compatible con el derecho fundamental garantizado por el artículo 30 de la [Carta], la regulación nacional que somete a un período de prueba de un año el contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores, durante el cual permite el libre desistimiento?
2) ¿Lesiona los objetivos y la regulación de la Directiva 1999/70/CE [y, de este modo, las cláusulas 1 y 3 del Acuerdo marco] el período de prueba de un año a que se somete el contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores?»

[14] SSTS 29 octubre 1986, 13 noviembre 1986, 23 febrero 1990, etc

Por tanto, lo primero a destacar es que **las definiciones de contrato de duración determinada en nuestro derecho interno y en la Directiva 99/70 son discordantes**.[15] En efecto, la Directiva, a la hora de definir qué es un contrato temporal, no diferencia entre lo que pueden ser plazos y lo que pueden ser condiciones en sentido técnico jurídico y cualquier contrato de trabajo sujeto a un plazo o condición de naturaleza resolutoria tiene a efectos de la misma la naturaleza de contrato de duración determinada, siempre que dicha condición sea de naturaleza objetiva, ajena a la voluntad de las partes. Por tanto, supuestos que en nuestro derecho interno se insertan como condición resolutoria de los contratos indefinidos (art.49.1b) ET), constituirían contratos de duración determinada según la Directiva.

Ello nos lleva a plantearnos si el art.52 ET, que contempla las causas de extinción por causas objetivas de todo contrato (los indefinidos también), supone, desde el enfoque de la Directiva, que todos los contratos de trabajo en España son de duración determinada.

La respuesta ha de ser negativa, y la distinción puede venir dada, en nuestro ordenamiento diciendo que **son de duración determinada aquellos contratos cuya concertación existe una causa objetiva que hace previsible su terminación por el cese (también objetivo) de dicha causa**, en un horizonte temporal limitado o limitable de forma previsible al momento de su concertación. Por tanto, la causa objetiva de terminación a que alude la Directiva se incorpora a la causa misma del contrato de duración determinada en nuestro ordenamiento. Unas veces dicha causa sujeta el contrato a término (contrato eventual, art.15.1b) ET o contrato de obra y servicio) , otras veces lo sujeta a condición, como hecho futuro e incierto (interinidad: reincorporación sustituto, provisión de vacante, etc art.15.1c) ET).

No obstante, la discordancia en la definición de los contratos de duración determinada en el derecho de la UE y en nuestro derecho interno está llamada a producir múltiples desajustes, como tendremos ocasión de comprobar.

[15] LÓPEZ PARADA, R. "Puntos críticos de la Sentencia de 14 de septiembre de 2016 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto c 596/14, de Diego vs. Ministerio de Defensa" Número especial de octubre de 2016 de la Revista de la Jurisdicción Social de Jueces para la Democracia, editada por FALGUERA BARÓ, M.A . Puede consultarse en: http://publicacionesjuecesdemocracia.blogspot.com.es :

## *III.- COMENTARIO DE LA STJUE 14/09/16. CASO DE DIEGO PORRAS CONTRA MINISTERIO DE DEFENSA*[16]

Una vez hemos examinado las cuestiones generales del régimen que establece la Directiva 99/90, procederemos ahora a analizar la primera de las sentencias objeto de comentario, para lo que abordaremos primero un breve resumen del marco normativo, veremos el supuesto de hecho y concluiremos con las respuestas que ofrece el TJUE[17].

## III.1.- MARCO NORMATIVO DE LA CONTROVERSIA

**COMUNITARIO:**

-Art.20 y 21 CDFUE. Principios de igualdad de trato y prohibición de discriminación

-La Directiva 99/70 de 28 de junio, por la que se aprueba el Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, de 18 marzo 1999
La finalidad del Acuerdo marco consiste, en particular, en mejorar la calidad del trabajo de duración determinada estableciendo condiciones mínimas que garanticen la aplicación del principio de no discriminación[18]

Cláusula 3 **Definiciones:**

A efectos del presente Acuerdo, se entenderá por
1. "**trabajador con contrato de duración determinada**": el trabajador con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado;

2. "**trabajador con contrato de duración indefinida comparable**": un trabajador con un contrato o relación laboral de duración indefinido, en el mismo centro de trabajo, que realice un trabajo u ocupación idéntico o similar, teniendo en cuenta su cualificación y las tareas que desempeña.
En caso de que no exista ningún trabajador fijo comparable en el mismo centro de trabajo, la comparación se efectuará haciendo referencia al convenio colectivo aplicable o, en caso de no existir ningún convenio colectivo aplicable, y de conformidad con la legislación, a los convenios colectivos o prácticas nacionales.

Cláusula 4 **Principio de no discriminación**

1. Por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas.
2. Cuando resulte adecuado, se aplicará el principio de pro rata temporis
3. Las disposiciones para la aplicación de la presente cláusula las definirán los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, según la legislación comunitaria y de la legislación, los convenios colectivos y las prácticas nacionales.
4. Los criterios de antigüedad relativos a determinadas condiciones de trabajo serán los mismos para los trabajadores con contrato de duración determinada que para los trabajadores fijos, salvo que criterios de antigüedad diferentes vengan justificados por razones objetivas.

**NACIONAL :**

El art. 15, art. 53.1b) y 49.1c) ET y el RD 2720/98

El art. 49, apartado 1, letra c), ET, dispone que **a la finalización del contrato**, **excepto en los casos del contrato de interinidad** y de los **contratos formativos**, el trabajador tendrá **derecho a recibir una indemnización** de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar **doce días de salario por cada año de servicio.**

---

[16] PRECIADO DOMÈNECH, C.H . Comentario de urgencia a la STJUE de 14 de septiembre de 2016. Caso Ana de Diego Porras contra Ministerio de Defensa.
Revista de Información Laboral Aranzadi num. 8/2016. BIB 2016\4847

[17] Parte de los comentarios que aquí se hacen pueden verse en: PRECIADO DOMÈNECH, C.H. " Comentario de urgencia a la STJUE de 14 de septiembre de 2016. Caso Ana de Diego Porras contra Ministerio de Defensa". Ed. Aranzadi. Revista de Información Laboral num. 8/2016

18 SSTJUE 22 de diciembre de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09, apartado 47; 12 de diciembre de 2013, Carratù, C-361/12, , apartado 40, y de 13 de marzo de 2014, Nierodzik, C-38/13, apartado 22).

El art. 53, apartado 1, letra b), ET, establece que la **extinción del contrato por causas objetivas genera** «[la puesta] a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la **indemnización de veinte días por año de servicio**, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades».

## III.2.- SUPUESTO DE HECHO:

La Sra. De Diego Porras prestó servicios desde febrero de 2003 como secretaria en diversas subdirecciones del Ministerio de Defensa al amparo de varios contratos de interinidad. El último celebrado el 17/08/2005, tenía por objeto sustituir a la Sra. Mayoral Fernández, en situación de dispensa de obligaciones laborales vinculada a su condición sindical.

Con arreglo al Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad), se revocó la dispensa de trabajo de la Sra. Mayoral Fernández.

Mediante oficio de 13/09/2012, se citaba a la Sra. De Diego Porras a efectos de formalizar la documentación relativa a la finalización de su contrato con efectos a 30/09/12 para permitir la reincorporación de la Sra. Mayoral Fernández a su puesto de trabajo a partir del 01/10/12

El 19/09/2012, la Sra. de Diego Porras interpuso demanda ante el Juzgado de lo Social n.º 1 de Madrid en el que impugnaba tanto la legalidad de su contrato de trabajo como las condiciones de finalización de éste. Dicha demanda se desestima. La interesada recurre en suplicación ante el TSJ de Madrid, alegando que los contratos de interinidad mediante los que fue contratada se celebraron en fraude de ley y que su relación laboral debe convertirse en indefinida. En consecuencia, la extinción de tal relación implica el pago de una indemnización.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid observa, por un lado, que la contratación de la Sra. de Diego Porras mediante un contrato de interinidad cumple los requisitos exigidos por la normativa nacional en vigor, y, por otro, que la finalización de dicho contrato de trabajo está basada en una razón objetiva.

El TSJ Madrid pregunta si la Sra. de Diego Porras tiene derecho a reclamar el pago de una indemnización por la finalización de su contrato. Dado que **en Derecho español existe una diferencia de trato en las condiciones de trabajo entre los trabajadores fijos y los trabajadores con contrato de duración determinada**, en la medida en que **la indemnización abonada en caso de extinción legal del contrato es de 20 días de salario por año trabajado en el caso de los primeros (art.531b) ET),** mientras que se eleva a **sólo 12 días de salario por año trabajado para los segundos (art.49.1c) ET**.
Esta desigualdad es aún más evidente en lo que atañe a los trabajadores con contrato de interinidad, o en los contratos de a los que la normativa nacional no reconoce indemnización alguna cuando dicho contrato finaliza con arreglo a la normativa (art.49.1 c) ET:

**Las cuestiones que plantea el TSJ son las que siguen:**

1) ¿Ha de entenderse comprendida la indemnización por finalización del contrato temporal en las condiciones de trabajo a las que se refiere la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo [marco]?

2) Si se entiende dicha indemnización incluida en las condiciones de trabajo, ¿los trabajadores con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado, han de percibir a la finalización del contrato la misma indemnización que correspondería a un trabajador con contrato de duración indefinida comparable cuando el contrato de éste se extingue por causas objetivas?

3) Si el trabajador tiene derecho a percibir la misma indemnización que corresponde a un trabajador indefinido al producirse la extinción por causas objetivas ¿ha de entenderse que el artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores ha traspuesto adecuadamente la Directiva 1999/70 [...] o es discriminatorio y contrario a la misma vulnerando su objetivo y efecto útil?

4) No existiendo razones objetivas para exceptuar a los trabajadores interinos del derecho a percibir una indemnización por la finalización del contrato temporal ¿es discriminatoria la distinción que el Estatuto de los Trabajadores establece entre las condiciones de trabajo de estos trabajadores no solo frente a las condiciones de los trabajadores indefinidos sino también respecto de las de los demás trabajadores temporales?»

## III.3.- LA RESPUESTA DEL TJUE

### *III.3.1- El concepto de "condiciones de trabajo": La indemnización por finalización de contrato de duración determinada es una condición de trabajo a efectos de la Directiva 99/70*

En el caso De Diego el TJUE considera que el concepto de «condiciones de trabajo» **incluye la indemnización** que un empresario está obligado a abonar a un trabajador **por razón de la finalización de su contrato de trabajo de duración determinada**.

El TJUE, en una tradicional **interpretación amplia de "condiciones de trabajo"**, ya se había pronunciado en el sentido de que **el criterio decisivo para determinar si una medida está incluida en las «condiciones de trabajo»** es precisamente **el del empleo**, es decir, **la relación de trabajo entre un trabajador y su empresario**[19]
Ante este concepto amplísimo resulta fácil comprender que las exclusiones sean pocas. En efecto, en aplicación de tal criterio, según la **doctrina tradicional del TJUE**, **se consideran condiciones de trabajo:**
- los trienios[20]
- las normas relativas a la determinación del plazo de preaviso aplicable en caso de finalización de los contratos de duración determinada[21].
- la indemnización que un empresario está obligado a pagar a un trabajador debido a la inclusión ilícita de una cláusula de terminación en su contrato de trabajo[22]

19 (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de junio de 2010 , Bruno y otros, C- 395/08 y C- 396/08, Rec. p. I- 5119, apartado 46).
20 SSTJUE 9 julio 2015. ; 13 de septiembre de 2007, Del Cerro Alonso, C-307/05, EU:C:2007:509, apartado 47, y de 22 de diciembre de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09, EU:C:2010:819, apartados 50 a 58); TJUE (Sala Tercera), sentencia de 9 julio 2015.
21 STJUE 13 de marzo de 2014, Nierodzik, C-38/13, apartados 27 y 29

- las condiciones de despido[23]
-las pensiones que dependan de la relación de trabajo[24]
Al contrario, **no se han considerado condiciones de trabajo**:
- la condiciones relativas a las pensiones que se derivan de un régimen legal de seguridad social[25]

Así mismo, no es ocioso recordar el **TJUE ha equiparado el concepto de «condiciones de trabajo»** al **previsto en la Directiva 2000/78/CE** relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, y en la Directiva 2006/54/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (DO L 204, p. 23).
A tenor del artículo 3, apartado 1, letra c), de la Directiva 2000/78 y del artículo 14, apartado 1, letra c), de la Directiva 2006/54, las condiciones de trabajo, incluyen, particularmente, las de despido. Por lo que respecta al Acuerdo marco, por analogía, el alcance del concepto de «condiciones de trabajo», en el sentido de su cláusula 4, apartado 1, es similar.

***III.3.2.- La normativa española enjuiciada (art.49.1c) ET, art.53.1b) y art.15.1 ET) es contraria a la Cláusula 4 del Acuerdo marco porque deniega cualquier indemnización por finalización del contrato de trabajo al trabajador con contrato de interinidad, mientras que concede a los trabajadores fijos comparables una indemnización de 20 días por año en el caso de (a49.1c) ET)***

En efecto, el TJUE concluye que la cláusula 4 del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que deniega cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización, en particular, a los trabajadores fijos comparables. El mero hecho de que este trabajador haya prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva que permita justificar la negativa a que dicho trabajador tenga derecho a la mencionada indemnización.

Para llegar a tal conclusión, el TJUE pasa por las **fases habituales** en el enjuiciamiento de la d**iscriminaci**ón.

**3.2.1.- Comparabilidad de las situaciones**
Si **las funciones** desempeñadas por un t**rabajador** en el **marco de los diferentes contratos** de duración determinada **no se corresponden a las de los trabajadores fijos, se trataría de una situación no comparable** (STJUE 18 de octubre de 2012, Caso Valenza) [26]
En el caso De Diego, el TJUE, aún recordando que el juicio de comparación corresponde al Tribunal nacional, considera que en el caso concreto queda patente que

22 STJUE 12 diciembre 2013. Caso Carratù. Asunto C-361/12 [TJCE 2013, 448]
23 STJUE 13 de marzo de 2014, Nierodzik, C-38/13, apartados 27 y 29
24 STJUE 15 abril 2008, Caso Impact, Asunto C-268/06, TJCE 2008/82
25 STJUE 15 abril 2008, Caso Impact, Asunto C-268/06, TJCE 2008/82
26 STJUE Caso Valenza y otros, C-302/11 a C-305/11, EU:C:2012:646, apartado 48 y jurisprudencia citada).

la Sra. De Diego **realizaba funciones análogas** a la persona sustituida, y además **contaba con la misma formación.**

**3.2.2.- Existencia de una justificación objetiva**

La desigualdad de trato debe estar justificada por la existencia de **elementos precisos y concretos**, que **caracterizan la condición de trabajo** de que se trata, en el contexto especifico en que se enmarca y con arreglo a **criterios objetivos y transparentes**.

Hay que determinar si el trato desfavorable responde a una **necesidad auténtica**, si permite **alcanzar el objetivo** perseguido y si resulta i**ndispensable** al efecto. Ello puede derivar de:

- especial **naturaleza de las tareas** para cuya realización se celebran los contratos de duración determinada y las características inherentes a las mismas.
- persecución de un **objetivo legítimo de política social** por parte de un Estado miembro

**No es justificación objetiva del trato desfavorable:**

- que esté previsto por una norma nacional general y abstracta, como una ley o un convenio colectivo
- la mera naturaleza temporal de una relación de trabajo

**En el caso De Diego, el TJUE considera que no es justificación objetiva de un trato desfavorable:**

- la diferente naturaleza y objeto que distinguen a los contratos de interinidad de los contratos por tiempo indefinido, en concreto el **criterio de la duración y la expectativa de estabilidad** de la relación contractual de los indefinidos-
- **la previsibilidad de la finalización** del contrato de interinidad **no se basa en criterios objetivos y transparentes,** siendo así que, en realidad, no sólo tal contrato de interinidad puede perpetuarse, como en la situación de la recurrente en el litigio principal, cuyas relaciones contractuales se extendieron durante un período de más de diez años, sino que además contradice tal alegación el hecho de que, en circunstancias comparables, la normativa nacional pertinente prevea la concesión de una indemnización por finalización del contrato a otras categorías de trabajadores con contrato de duración determinada.

En definitiva- concluye el TJUE-, el **mero hecho de que este trabajador haya prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad** no **puede constituir una razón objetiva** que permita justificar la negativa a que dicho trabajador tenga derecho a la mencionada indemnización.

## III.4.- CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN DE LOS TRABAJADORES CON CONTRATO DE DURACIÓN DETERMINADA (TCDD) EN LA DOCTRINA DEL TJUE

### *III.4.1- La prohibición de discriminación de los TCDD como Principio de Derecho Social y como principio general del Derecho de la Unión.*

**a) Naturaleza del principio de no discriminación: un derecho fundamental del art.20 y 21 CDFUE en el ámbito social**

El TJUE ha considerado que dada la **importancia de los principios de igualdad de trato** y **de no discriminación**, que forman parte de los **principios generales del Derecho de la Unión**, a las **disposiciones previstas por la Directiva 1999/70 y el Acuerdo marco,** debe reconocérseles un **alcance general**, puesto que constituyen **normas de Derecho social de la Unión de especial importancia** de las que debe disfrutar todo trabajador, al ser disposiciones protectoras mínimas[27]

El Acuerdo marco , y en particular **su cláusula 4**, tiene **por objeto la aplicación del principio de no discriminación** a los trabajadores con un contrato de duración determinada con la **finalidad de impedir que una relación laboral** de esta naturaleza sea **utilizada por un empleador para privar a dichos trabajadores de derechos reconocidos** a los trabajadores con contrato de duración indefinida[28]

Por ello, ha sostenido el TJUE que la cláusula 4 de éste debe interpretarse en el sentido de que expresa un **principio de Derecho social de la Unión** que **no puede ser interpretado de manera restrictiva**[29]

Por todo ello, como conclusión, **cualquier análisis del alcance y repercusión de la Cláusula 4 del Acuerdo Marco y de la Doctrina De Diego, debe tratarse desde el marco conceptual del derecho fundamental a la igualdad de trato y a la prohibición de discriminación**. (ars.20 y 21 CDFUE), considerándose el principio de prohibición de discriminación de los TCDD como una concreción de aquellos principios.

En el marco de nuestro derecho interno, el engarce constitucional de tal derecho sería el art.14 CE, cuando se refiere a "cualquier otra circunstancia personal o social", como factor de apertura a nuevas causas de discriminación distintas de las listadas: nacimiento, raza, sexo, religión y opinión. Tal conexión se muestra indispensable para articular una tutela preferente y sumaria al amparo del art.177 y ss LRJS (vid. epígrafe VI.1.4).

---

[27] STJUE 13 septiembre 2007. Caso Del Cerro Alonso , F. 27; STJUE 22 diciembre 2010. Caso María Gavieiro, f.41

[28] STJUE 13 de septiembre de 2007, Del Cerro Alonso (C-307/05, Rec. p. I-7109). F. 37)

[29] ( sentencia de 22 de diciembre de 2010 [TJCE 2010, 414] , Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C- 444/09 y C- 456/09, Rec. p. I-14031, apartado 49 y jurisprudencia citada).

### *III.4.2.- El estándar europeo de la igualdad de trato y no discriminación, en general*

El TJUE, viene entendiendo que el **principio de igualdad de trato constituye un principio general** del Derecho de la Unión, reconocido por el artículo 20 de la CDFUE, del que constituye una **manifestación específica el principio de no discriminación** enunciado en el artículo 21, apartado 1, de la Carta. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, dicho principio **exige que no se traten de manera diferente situaciones que son comparables y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica, salvo que este trato esté justificado objetivamente**[30]

Una **diferencia de trato está justificada** cuando se basa en un **criterio objetivo y razonable,** es decir, cuando se relaciona con un fin legalmente admisible perseguido por la legislación en cuestión, y esta diferencia es proporcionada al objetivo perseguido por dicho trato ( sentencias Arcelor Atlantique et Lorraine y otros [TJCE 2008, 309] , C-127/07, EU:C:2008:728, apartado 47, y Schaible [TJCE 2013, 362] , C-101/12, EU:C:2013:661, apartado 77).

Para determinar cuando concurre hay que pasar por varios estadios analíticos

1º**) Existencia de una situación comparable:** este primer test es consecuencia el carácter relacional del principio de igualdad, y exige que el término de comparación sea válido, por tratarse de situaciones homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no puede resultar arbitrario o caprichoso (SSTC 138/86 , 1/01, etc). Este análisis es forzosamente previo a los dos siguientes, y si no concurre los dos análisis subsiguientes carecen de sentido (STC 200/01 de 4 de octubre).
En materia laboral se ha desestimado a menudo por el TC la existencia de término válido de comparación entre las categorías o colectivos de trabajadores, que se rigen por normas o reglas diversas, ya que si el régimen jurídico no es común, tampoco existirá una aplicación desigual de la ley no resultará correcta la identificación del término de referencia llevada a cabo por quien denuncia la discriminación. (ATC 743/1987 de 17 de junio.

2º**) Existencia de una justificación objetiva y razonable para el trato desigual**, que debe apreciarse en relación finalidad de la medida examinada.

3º**) Que exista proporcionalidad razonable entre los medios empleados y la finalidad perseguida.**

[30] (véase, en este sentido, la sentencia Akzo Nobel Chemicals y Akcros Chemicals/Comisión [TJCE 2010, 275] , C-550/07 P, EU:C:2010:512, apartados 54 y 55; Caso Glatzel [TJCE 2014, 190] , C-356/12, EU:C:2014:350, apartado 43; Caso Almer Beheer BV y Otros contra Van den Dungen Vastgoed BV y Otros. Sentencia de 17 septiembre 2014. TJCE 2014\338).

### *III.4.3.- La aplicación del estándar de igualdad de trato y no discriminación a los trabajadores/as con contratos de duración determinada.*

El esquema general, que viene utilizando el TJUE en todos los ámbitos en que aplica la igualdad de trato y no discriminación, se concreta en el caso de los TCDD, enriqueciendo cada uno de los 3 momentos de enjuiciamiento que hemos abordado con criterios valorativos peculiares y propios de la Directiva 99/70.
Pero, en general, hay que insistir en que el TJUE ha empleado el mismo estándar de interpretación que cuando se aplica el principio de no discriminación[31]-

Por ello, considera el TJUE que el principio de no discriminación exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado[32]

Por tanto, los pasos a seguir para aplicar correctamente la cláusula 4 del Acuerdo Marco son los que pasamos a exponer, y en ese orden:

1) Existencia de un trabajador con un contrato de duración determinada
El trabajador con contrato de duración determinada: se define en la Clásula 3 del Acuerdo Marco; que ya hemos tenido ocasión de analizar, debiéndose insistir en que se excluyen de tal definición trabajadores contratados para ser cedidos a otros por ETT, que se rigen por la Directiva 2008/104 (Vid. STJUE 11 abril 2013. Caso Della Rocca TJCE 2013\103)

2) **El término de comparación**: trabajador fijo comparable. En este punto surgen tres cuestiones, que conviene analizar por separado: qué se compara, con quién se compara y quién hace la comparación.

**¿Qué se compara?:** conforme al TJUE se comparan condiciones de trabajo, es decir, factores, como la naturaleza del trabajo, los requisitos de formación y las condiciones laborales[33]
Por tanto, hay que analizar:
-naturaleza del trabajo y funciones o tareas
-requisitos de formación o cualificación
-condiciones laborales

**¿Con quién se compara?**
No vale la comparación con cualquier trabajador/a. El TJUE y la Cláusula 3 del Acuerdo Marco exigen que la comparación se haga con un"trabajador con contrato de duración indefinida comparable": se define como un trabajador con un contrato o relación laboral de duración indefinido, en el mismo centro de trabajo, que realice un

[31] STJUE 18 octubre 2012. Caso Valenza. TJCE 2012\292 (f.40)
[32] STJUE 8 septiembre 2011. Caso Rosado Santana [TJCE 2011, 255] , f. 65; STJCE 11 de julio de 2006 [ TJCE 2006, 193] , Franz Egenberger, C-313/04, Rec. p. I-6331, apartado 33 y jurisprudencia citada).
33 SSTJUE 14 septiembre 2016. Caso De Diego. STJUE 18 de octubre de 2012, Caso Valenza y otros, C-302/11 a C-305/11, EU:C:2012:646, apartado 42 y jurisprudencia citada, y de 13 de marzo de 2014, Nierodzik, C-38/13, EU:C:2014:152, apartado 31). STJUE 19 julio 2015, Caso María José Regojo Dans contra Consejo de Estado. la sentencia Rosado Santana [TJCE 2011, 255] , C-177/10, EU:C:2011:557, apartado 66, y los autos Montoya Medina, C-273/10, EU:C:2011:167, apartado 37, y Lorenzo Martínez, C-556/11, EU:C:2012:67, apartado 43). ( sentencia de 18 de octubre de 2012 [TJCE 2012, 292] , Valenza y otras, C-302/11 a C-305/11, apartado 42 y jurisprudencia citada). STJUE 13 de marzo de 2014, Nierodzik, C-38/13, apartados 27 y 29

trabajo u ocupación idéntico o similar, teniendo en cuenta su cualificación y las tareas que desempeña.
En caso de que no exista ningún trabajador fijo comparable en el mismo centro de trabajo, la comparación se efectuará haciendo referencia al convenio colectivo aplicable o, en caso de no existir ningún convenio colectivo aplicable, y de conformidad con la legislación, a los convenios colectivos o prácticas nacionales.
El TJUE ha declarado con rotundidad que la igualdad de trato no se aplica entre los trabajadores con un contrato de duración determinada y los trabajadores con contrato de duración indefinida no comparables[34].
La falta de término de comparación válido supone que la Cláusula del art. 4 no obliga a tratar de manera idéntica la indemnización concedida en caso de inclusión ilícita de una cláusula relativa a la terminación en un contrato de trabajo y a la abonada en caso de interrupción ilícita de un contrato de trabajo de duración indefinida[35]
En suma: se compara con un fijo del mismo centro, en su defecto, con la categoría o grupo de Convenio y, en su defecto, con la legislación y práctica nacionales.

**Veamos algunos ejemplos del término de comparación**
**Situación no comparable:** un supuesto en que indemnización hace referencia a trabajadores cuyo contrato se hubiera celebrado de manera irregular, mientras que la segunda afecta a trabajadores despedidos[36]

**Situación comparable**: superar o no superar una oposición de acceso a la función pública no implica la ausencia de situación comparable[37], dado que los requisitos de la estabilización fijados por el legislador nacional en la normativa controvertida en el litigio principal, que se refieren a la duración de la relación laboral de duración determinada y a la exigencia de haber sido contratado a tal efecto mediante un procedimiento selectivo en forma de una oposición o de un procedimiento establecido por Ley, tienen por objeto precisamente permitir la estabilización únicamente de los trabajadores con contrato de duración determinada cuya situación puede asimilarse a la de los funcionarios de carrera.

Resta por solventar la tercera de las cuestiones planteadas
**¿Quién hace la comparación?**
Quien debe apreciar si las situaciones son comparables es el Tribunal nacional (STJUE 18 octubre 2012. Caso Valenza F.43). Sin embargo, en el caso De Diego, el TJUE a pesar de que mantiene que se trata de una cuestión que atañe al tribunal remitente, termina por concluir que la situación es comparable a la vista de los datos obrantes en autos (STJUE 14 septiembre 2016. Caso de Diego. F.42)

**3) Trato menos favorable del trabajador con contrato de duración determinada comparable respecto del trabajador fijo.**
La operación de comparación entre ambos debe arrojar un trato menos favorable para el TCDD. Un trato distinto, pero más favorable, no supondría discriminación (art.21 CDFUDE y cláusula 4 Acuerdo Marco)

34 STJUE 12 diciembre 2013. Caso Carratù, TJCE 2013\448
35 STJUE 12 diciembre 2013. Caso Carratù. TJCE 2013\448, f.43
36 STJUE 12 diciembre 2013. Caso Carratù. TJCE 2013\448, f.43
37 STJUE 18 octubre 2012. Caso Valenza TJCE 2012\292 .F.45

**4) Inexistencia de una justificación objetiva**
La desigualdad de trato, consistente en un trato menos favorable del TCDD debe estar justificada por la existencia de elementos precisos y concretos, que caracterizan la condición de trabajo de que se trata, en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes, a fin de verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto.

La justificación objetiva **puede tener su origen** en:
- la **especial naturaleza de las tareas** para cuya realización se celebran los contratos de duración determinada y en las características inherentes a las mismas. Un buen ejemplo, analizado por el TJUE respecto de nuestro derecho interno, lo constituye la relación esencialmente temporal de los profesores asociados de universidad, en cuyo caso se permite que con contratos de duración determinada se cubran necesidades permanentes.

En efecto, así resulta del Caso Márquez Samohano (STJUE 13 marzo 2014), en que el TJUE afirma *" Sin embargo, las meras circunstancias de que los contratos de trabajo de duración determinada celebrados con profesores asociados se renueven para satisfacer una necesidad recurrente o permanente de las universidades en la materia y que tal necesidad no se pueda satisfacer mediante un contrato de trabajo de duración indefinida no permiten excluir la existencia de una razón objetiva, en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco, dado* ***que la naturaleza de la actividad docente en cuestión y las características inherentes a tal actividad pueden justificar, en el contexto de que se trate, el uso de contratos de trabajo de duración determinada.*** *Aunque los contratos de trabajo de duración determinada celebrados con profesores asociados cubren una necesidad permanente de las universidades, en la medida en que el profesor asociado, en virtud de tal contrato de trabajo de duración determinada, ejecuta tareas bien definidas que forman parte de las actividades habituales de las universidades, no es menos cierto que la necesidad en materia de contratación de profesores asociados sigue siendo temporal, en la medida en que se considera que este profesor retomará su actividad profesional a tiempo completo cuando se extinga su contrato (véase, en este sentido, la sentencia Kücük , (...)apartados 38 y 50).*

- la **persecución de un objetivo legítimo de política social** por parte de un Estado miembro [38]

Veamos ahora algunos ejemplos de justificación objetiva:
Es justificación objetiva: requisitos objetivos, relativos a la plaza que un procedimiento de selección de personal para la Administración pública tiene por objeto proveer y que son ajenos a la duración determinada de la relación de servicio que vincula al trabajador con su empleador[39]

38 SSTJUE Del Cerro Alonso , apartados 53 y 58, y Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres , apartado 55; el auto Montoya Medina, antes citado, apartado 41; la sentencia Rosado Santana , antes citada, apartado 73, y el auto Lorenzo Martínez, antes citado, apartado 48). STJUE 18 octubre 2012. Caso Valenza
39 STJUE 18 octubre 2010. Caso Valenza, f.61; y STJUE 8 septiembre 2011. Caso Rosado Santana

No es justificación objetiva : una norma abstracta y general como la ley o el convenio: debe entenderse que el concepto de «razones objetivas», en el sentido de la cláusula 4, apartados 1 y/o 4, del Acuerdo marco no permite justificar una diferencia de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores fijos por el hecho de que aquélla esté prevista por una norma nacional general y abstracta, como una Ley o un convenio colectivo[40]

No es justificación objetiva: la mera naturaleza temporal de la relación de servicio del personal de la Administración Pública[41]

El TJUE ha declarado que la experiencia profesional de los trabajadores con contrato de duración determinada, reflejada en los períodos de servicio desempeñados por éstos en la Administración pública puede constituir, (..), un criterio de selección a fines de un procedimiento de contratación en calidad de funcionarios.

No obstante, a pesar del margen de apreciación atribuido a los Estados miembros la aplicación de los criterios que los mismos establezcan debe efectuarse de manera transparente y poder ser controlada para evitar cualquier exclusión de los trabajadores con contrato de duración determinada sobre la mera base de la duración de los contratos o las relaciones de servicio que justifiquen su antigüedad o su experiencia profesional (STJUE 8 septiembre 2011. Caso Rosado Santana . Asunto C-177/10. f. 77).

En fin, al determinar el contenido de las normas nacionales relativas a los contratos de trabajo no puede llegar hasta el punto de poner en peligro el objetivo o el efecto útil del Acuerdo marco (véase, en este sentido, la STJUE 8 marzo 2012. Caso Martial Huet. Asunto C-251-11. apartado 43 y jurisprudencia citada).

### *III.4.4.- La eficacia directa vertical y horizontal de la cláusula 4 del Acuerdo Marco*

#### 4.4.1.- Eficacia directa vertical

En el caso de la STJUE 12 diciembre 2013. Caso Carratù, el Tribunal de Justicia ya tuvo ocasión de declarar que la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco es, desde el punto de vista de su contenido, incondicional y lo suficientemente precisa para poder ser invocada por un particular ante un tribunal nacional (véase la sentencia de 15 de abril de 2008 [TJCE 2008, 82] , Impact, C- 268/06, Rec. p. I- 2483, apartado 68).

Por otra parte, es preciso recordar que, según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, entre las entidades a las que pueden oponerse las disposiciones de una Directiva susceptible de tener efecto directo se incluye todo organismo, con independencia de su forma jurídica, al que en virtud de un acto de la autoridad pública se le haya encomendado la prestación de un servicio de interés público bajo la tutela de dicha autoridad y que disponga a tal efecto de poderes exorbitantes respecto de las

40 (STJUE 18 octubre 2012. Caso Valenza, con cita de sentencias Del Cerro Alonso [TJCE 2007, 229] , antes citada, apartado 57, y de 22 de diciembre de 2010 [TJCE 2010, 414] , Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09, Rec. p. I-14031, apartado 54; auto Montoya Medina, antes citado, apartado 40; sentencia Rosado Santana [TJCE 2011, 255] , antes citada, apartado 72, y auto Lorenzo Martínez, antes citado, apartado 47).
41 STJUE 18 octubre 2012. Caso Valenza. STJUE 8 septiembre 2011, Caso Rosado Santana.

normas aplicables a las relaciones entre particulares (véase la sentencia de 12 de septiembre de 2013, Caso Kuso, C- 614/11, apartado 32 y jurisprudencia citada).
Ej. Servicio correos italiano: la cláusula 4 de la Directiva 99/70 debe interpretarse en el sentido de que puede ser invocada directamente contra un organismo entidad estatal como Poste Italiane SpA . (STJUE 12 diciembre 2013. Caso Carratù.)

Por tanto, la **eficacia directa vertical de la Directiva está fuera de toda duda**

**4.4.2.- Eficacia directa horizontal.**
Para resolver si cabe la eficacia directa horizontal o entre particulares de la cláusula 4 del Acuerdo Marco, hay que tener en cuenta que conforme al TJUE la misma debe interpretarse en el sentido de que expresa un **principio de Derecho social de la Unión** que **no puede ser interpretado de manera restrictiva** ( STJUE 22 de diciembre de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C- 444/09 y C- 456/09, Rec. p. I- 14031, apartado 49 y jurisprudencia citada).
Por esa razón, el TJUE ha empleado el estándar de interpretación propio del principio de no discriminación-

Al tratarse de un **principio general de la UE, el principio de no discriminación (CDFUE art.21 ), procede la aplicación directa horizontal.** En efecto, según la Sala IV del Tribunal Supremo, la aplicación a la relación entre particulares o eficacia directa «horizontal», no puede predicarse de todo el Derecho de Unión, sino tan sólo del **«Derecho originario europeo»,** integrado por los Tratados, la CDFUE y los principios generales que el TJ atribuye cualidad de constitucionales; y también alcanza -la primacía- al Derecho derivado con directa eficacia, en concreto los Reglamentos, puesto que los mismos -conforme al art. 288 TFUE - gozan de «alcance general» y serán «obligatorio[s] en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro» desde su publicación en el DOUE. **(**STS (Sala IV) núm. 497/2016 de 8 junio).
**En la misma línea, el TJUE** en las sentencias 22/11/2005 , asunto «Mangold»; 19/01/2010 , asunto «Kücükdeveci»; 13 Septiembre 2011 , asunto «Prigge»; y STJUE 19 abril 2016 Caso Dansk Industri, ha considerado que cuando una Directiva concreta un Derecho fundamental o principio general de la UE, como la prohibición de discriminación (en estos casos por razón de edad) corresponde a los jueces nacionales que conocen de un asunto en el que se discute sobre el principio de no discriminación garantizar, en el marco de su competencia, la protección jurídica que confiere el Derecho de la Unión a los justiciables y la eficacia plena de éste, dejando si es preciso sin aplicación cualesquiera disposiciones de la normativa nacional contrarias a dicho principio (caso Mangold, antes citado, apartado 77).

**En conclusión:** el TJUE la considera la cláusula 4ª del Acuerdo Marco, una plasmación del principio de no discriminación, un derecho fundamental(art.21 CDFUE) y, por tanto, un principio general del Derecho Social de la Unión que ha **de tener eficacia no solo vertical, sino también horizontal o entre particulares.**

**En este sentido discurren las primeras sentencias que se han pronunciado al respecto, así por ejemplo la STSJ País Vasco 18 octubre 2016 . Rec 1812/2016**
*" A diferencia del supuesto analizado en su momento por el TJUE y por ende el que luego ha dado lugar a la sentencia del TSJM, el caso que hoy traemos a colación no puede decirse que esté inmerso en la que se conoce como eficacia vertical de una Directiva, al no ser parte una Administración Pública en un sentido amplio. Por el contrario y* ***al ser un pleito entre particulares, deberíamos discutir sobre la denominada eficacia directa horizontal de la misma.***

*En ese orden de cosas, podríamos especular con la aplicabilidad de tal eficacia en este litigio y en virtud del principio de interpretación conforme –TJUE 1-4-1984, C-14/83; 16-7-2009, C-12/08-. Por mor del cual el juez nacional debe aplicar la norma interna del País de que se trate, pero a la luz de la Directiva en cuestión y en aras a evitar una situación contraria y/o cuando menos conflictiva, que pueda llevar a la inaplicación de esa norma interna, lo cual también incluye la obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales de modificar, en caso necesario, su jurisprudencia reiterada si ésta se basa en una interpretación del Derecho nacional incompatible con los objetivos de una Directiva –TJUE 19-4-2016, C-441/14- A tales efectos igualmente recordaremos las sentencias del TS de 26-3-2014, rec. 158/2013 y 8-6-2016, rec. 207/2015. No obstante, también somos conscientes de las limitaciones que pueda presentar la aplicación de ese principio en determinadas situaciones –TJUE 13-11-1990, C-106/89-.*

*Sin embargo, es innecesario entrar a dirimir si el supuesto que nos ocupa tiene acomodo en el principio mencionado, ya que a nuestro juicio el debate va por otros derroteros que pensamos que son más claros. En ese orden de cosas, ahora el elemento fundamental es la discriminación constatada por el TJUE entre trabajadores fijos y a su vez frente a los que tienen un contrato de duración determinada –parágrafos 35 a 37, de la sentencia-, y tal como ya apuntábamos en nuestro sexto fundamento de derecho. Por tanto, pensamos que no se puede aplicar en estos supuestos una norma interna que merezca ese calificativo tan negativo -TJUE 12-12-2002, C-422/00; 22-11-2005, C-154/04; 19-1-2010, C-555/07-.*

*Enlazando con esta última resolución queremos hacer hincapié* ***en el art. 21.1, de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que destaquemos forma de lo que se ha venido a considerar derecho originario europeo****, al establecer que: "…Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual…". Precepto que es directamente aplicable en un litigio entre particulares, como el actualmente en curso, con todas sus consecuencias. Y siempre sin olvidar la expresa referencia que incorpora el num. 1, de la Cláusula 4, del Acuerdo Marco, al principio de no discriminación en materia laboral. Así entendemos que lo ha venido a ratificar no solo la resolución de 14-9-2016, sino con anterioridad las ya mencionadas, así como la de 19-4-2016, C-441/14, al reconocer que el citado es "un principio general del Derecho de la Unión".*

*-No obsta a tal declaración que en el supuesto contemplado en la sentencia de 14-9-2016, el contrato objeto de debate fuera de los calificados como de interinidad -art. 15.1.c), del ET-, frente al suscrito por el aquí actor y que es de los considerados por obra o servicio determinado –art. 15.1.a), del ET-. Y decimos que no es obstáculo, pues el en su momento firmado es incardinable, incluso por expresa remisión nominativa –"realización de una obra o servicio determinado"-, en el concepto de "contrato de duración determinada", recogida en la Cláusula 3.1, antes transcrita.*

*Asimismo, el punto de partida, suscripción de un contrato de trabajo de duración incierta, y a su vez el de terminación, una decisión de la empleadora basada en que ya no existe causa suficiente para su mantenimiento, son idénticos en ambos casos. Queremos hacer hincapié en este último aspecto pues a nuestro juicio es un elemento sustancial en la teoría que arbitra la sentencia del TJUE tantas veces mencionada. Es decir, tanto en el supuesto del trabajador fijo de plantilla como en el del que suscribe un contrato de duración determinada, cuando la empresa decide extinguir unilateralmente la relación laboral por concurrir una causa legalmente justificada, y por ende también por motivos ajenos a la voluntad del trabajador, se produce una identidad en la objetivación de la causa. A tal efecto si tomamos como referencia legislativa los arts. 51.1 y 52.c), del ET, podríamos decir que la terminación del contrato de obra/servicio determinado es asimilable a la que se conoce como causa "productiva" –"cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado", recordemos-.*

*No obstante, queremos matizar que la referencia a dichos preceptos estatuarios es únicamente afectos argumentales e indemnizatorios. Señalamos que con ello no queremos decir que lo anterior suponga que en supuestos como el que ahora nos ocupa, la empresa debiera haber satisfecho las formalidades previstas en el num. 1.b), del art. 53, del ET, la hora de extinguir el contrato de la Sr. Pintado con la consecuencia de que ante ese teórico incumplimiento, la calificación aquí a dar sería la de despido improcedente –art. 122.3, de la LRJS-. Caso contrario, se produciría una reconversión total del debate.*

*Retomando nuestro hilo discursivo, sin embargo y pese a tal identidad extintiva, el tratamiento indemnizatorio es bien distinto –parágrafo 36, de la sentencia-. Es cierto, que el tipo de contrato que ahora analizamos y a diferencia del que trae causa la sentencia del TSJ de Madrid y por ende la del TJUE, tiene reconocida legalmente una indemnización al momento de extinguirse –art. 49.1.c) y disposición transitoria décimo tercera del ET-, y que estamos suponiendo que Atezain así se le abonó. Pero con todo, persiste una distinción en el trato a dispensar al actor, ya que aun haciendo caso omiso de la última norma citada, la diferencia indemnizatoria seguiría siendo sustancial -12 días frente a 20 por año de servicio-, y, reiteramos, sin una causa que lo justifique y como no sea la temporalidad contractual del Sr. Pintado. Al hilo de lo ahora expuesto, recordemos que la resolución europea explica que el problema de distinción indemnizatoria no se da entre temporales, es decir entre por ejemplo los interinos frente a los contratados por obra –ninguna indemnización frente a 12 días-, sino entre los trabajadores insertos en un concepto más global, cual es el los contratos de duración determinada, frente a los fijos –parágrafo 38, de la sentencia-.*

*-Llegados a este punto, recordemos que nos corresponde verificar si la situación laboral del actor es o no comparable a la de un trabajador fijo en Atezain –parágrafo 42, de sentencia-, o mejor dicho vistas las circunstancias laborales del Sr. Pintado, en cuanto que era el único trabajador en ese centro, lo que establezca el convenio colectivo –Cláusula 3.2, párrafo segundo, del Acuerdo Marco-, que hemos reconocido de aplicación y siempre desde la exclusiva perspectiva indemnizatoria que nos ocupa.*

*Nuestra conclusión es favorable, vistas las circunstancias que seguidamente desglosamos y que adelantamos no presentan especial complejidad en este supuesto.*

*En ese orden de cosas, es preciso volver a nuestro tercer fundamento de derecho, donde declaramos la aplicabilidad del Convenio Colectivo de Limpiezas de Edificios y Locales de Bizkaia. Asimismo, tomábamos como referencia retributiva la categoría profesional de conserje. La cual, añadimos, no requiere una formación cualificada y por ende es de fácil acceso físico e intelectivo.*

*Por tanto, a modo de conclusión y aunque ya fuera adelantada, no existe una justificación objetiva y razonable para que el actor no perciba la misma indemnización que la establecida para un trabajadora fijo que fuera despedido por causas objetivas-productivas, ya que la situación extintiva es idéntica –parágrafos 45 a 47, de la sentencia-*

***III.4.5.- El posible impacto de la doctrina sobre otros contratos distintos del de interinidad por sustitución: interinos para cobertura de vacante, formativos, obra y servicio y eventuales.***

Importa ahora analizar el impacto de la Doctrina de Diego en otros contratos laborales de duración determinada.

**Contratos de interinidad**

En primer lugar, parece inobjetable, que la doctrina **es de aplicación a los contratos de interinidad por sustitución**, que es el que tenía concertado la Sra. De Diego. (art.4.1pfo1. RD 2720/98). Tampoco parece que sea cuestionable su aplicación a los contratos de **interinidad por cobertura de vacante** (art.4.1pfo.2 RD 2720/98), toda vez que existe un término válido de comparación , ya que la naturaleza del trabajo y funciones, los requisitos de formación o cualificación y las condiciones laborales serán, por lo común, las mismas que un trabajador fijo comparable (concretamente las mismas que la vacante pendiente de cobertura). Por tanto, no teniendo estos supuestos indemnización ninguna conforme al art.49.1c) ET habrían de verse cubiertos por la doctrina De Diego.

**Contratos Formativos**

En cuanto a **los otros contratos que el art.49.1c) ET excluye de toda indemnización**, **los contratos formativos** (en prácticas y para la formación; vid. art.11 ET y RD 428/98), dado que la sentencia analiza el art.49.1c) ET y en el mismo se contemplan los contratos formativos, **parece, en principio, que pueda serles también de aplicación** la Doctrina De Diego.

No obstante, conforme a lo expuesto con anterioridad, **habrán de superarse los cuatro estadios del juicio de igualdad. Veamos**

1)**Existencia de un trabajador con un contrato de duración determinada** : no cabe duda que el trabajador en prácticas y el trabajador para la formación son de esa naturaleza, pues, en principio, el contrato en prácticas no puede exceder de 2 años (11.1c) ET) y el contrato para la formación no puede exceder de 3 años (art.11.2b) ET).

**2) El término de comparación:**

Para ello hay que determinar si en el centro existe un trabajador fijo con **la misma naturaleza de trabajo y funciones o tareas asignadas, idénticos o similares requisitos de formación o cualificación y parejas condiciones laborales**

Este **requisito puede resultar cuestionable** puesto que el contrato en prácticas deberá permitir la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios o de formación cursados y el contrato para la formación y el aprendizaje; mientras que el contrato para la formación o el aprendizaje tiene objeto la cualificación profesional de los trabajadores en un régimen de alternancia de actividad laboral retribuida en una empresa con actividad formativa recibida en el marco del sistema de formación profesional para el empleo o del sistema educativo.

Ahora bien, **¿qué ocurre cuando el trabajador en prácticas tiene la misma formación, realiza las mismas funciones y tareas que un trabajador indefinido?.** Recordemos que las prácticas presuponen una formación, y que exigen, cabalmente, la realización de tareas que permitan obtener la práctica profesional, ergo iguales o idénticas a un trabajador fijo comparable.

Por ello habrá de comprobar, caso a caso, si en el mismo centro de trabajo, en el marco del convenio colectivo aplicable o, en caso de no existir ningún convenio colectivo aplicable, y de conformidad con la legislación, a los convenios colectivos o prácticas

nacionales, existe un trabajador fijo con la misma naturaleza de trabajo y funciones o tareas asignadas, idénticos o similares requisitos de formación o cualificación y parejas condiciones laborales. **Esta comparación no es absolutamente impensable, pero habrá que estar al caso concreto.**

**3) Trato menos favorable del trabajador con contrato de duración determinada comparable respecto del trabajador fijo.** Superado el anterior juicio de comparación, **el trato menos favorable existe** desde el momento en que no se indemniza al contrato formativo que se extingue y sí con 20 días/año al contrato indefinido

**4) Inexistencia de una justificación objetiva**

En este punto es donde mayores problemas puede suponer la aplicación de la Doctrina de Diego a los contratos formativos, toda vez que la obtención de una práctica profesional de los titulados, o la obtención de una cualificación profesional o, en fin, el fomento de empleo de los jóvenes, entre los que existen altísimas tasas de paro, pueden erigirse en justificaciones objetivas y razonables para la diferencia de trato. Sin embargo, sería el Gobierno Español, quien ante una hipotética cuestión prejudicial, debería acreditar que la supresión de la indemnización de los contratos formativos se apoya en un fin de política social , y esta diferencia es proporcionada al objetivo perseguido por dicho trato, para lo que habrían de tenerse en cuenta otras desigualdades de trato, como son las menores retribuciones (art.11.1e) y art.11.2g) ET), junto a la privación de toda indemnización son idóneas, necesarias y proporcionadas al fin de política social.

Podríamos concluir, con lo hasta aquí expuesto, que nos enfrentamos a una cuestión eminentemente casuística, aunque hay que advertir que la doctrina De Diego se aventura menos aplicable al contrato para la formación, donde la obtención de una cualificación revela que puede fracasar el juicio de comparación con el trabajador fijo.

Sin embargo, aún **siendo ésta la primera postura que sostuve en un primer análisis del impacto de la sentencia**[42], la **lectura de significadas opiniones**[43] **sobre la cuestión, me ha llevado a reconsiderar y rectificar dicha primera tesis**

Ello es así, porque el art.15.5 ET excluye de su aplicación la utilización de los contratos formativos, de relevo e interinidad, a los contratos temporales celebrados en el marco de programas públicos de empleo-formación, así como a los contratos temporales que sean utilizados por empresas de inserción debidamente registradas y el objeto de dichos contratos sea considerado como parte esencial de un itinerario de inserción personalizado.

Por otro lado, es cierto que el art.15.6 ET, no es tan claro en la exclusión, y dispone que la igualdad de trato temporales e indefinidos se dará *" sin perjuicio de las particularidades específicas de cada una de las modalidades contractuales en materia de extinción del contrato y de aquellas expresamente previstas en la ley en relación con los contratos formativos"* . No es menos cierto que esta última cláusula puede interpretarse en el sentido de que se excluye del ámbito de aplicación de la Directiva las condiciones de trabajo de la extinción en los contratos formativos. Sin embargo, en los

[42] PRECIADO DOMÈNECH, C.H. " Comentario de urgencia a la STJUE de 14 de septiembre de 2016. Caso Ana de Diego Porras contra Ministerio de Defensa". Ed. Aranzadi. Revista de Información Laboral num. 8/2016

[43] FALGUERA BARÓ M.A "Algunas reflexiones sobre la STJUE en el asunto Diego Porras. Análisis críticos y efectos sobre el ordenamiento laboral español Número especial de octubre de 2016 de la Revista de la Jurisdicción Social de Jueces para la Democracia, editada por FALGUERA BARÓ, M.A . Puede consultarse en: http://publicacionesjuecesdemocracia.blogspot.com.es

formativos se exige que estén expresamente previstas, lo que me llevaría a concluir -corrigiendo mi anterior postura- que una lectura integrada de este precepto y del art.49.1c) ET los contratos formativos (en prácticas y para la formación), estarían excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva, como así autoriza la cláusula 2.2 del Acuerdo marco

**Contratos de obra y servicio determinado:** en el contrato de obra y servicio la indemnización por terminación de la obra y servicio es de 12 días (art.49.1c) ET), mientras que en la extinción por razones objetivas es de 20 días (art.53.1b) ET.
Siguiendo los mismos pasos que hemos apuntado en casos anteriores, puede aducirse que la obra o servicio, que tienen sustantividad propia podrían suponer un fracaso del juicio de comparación con los trabajadores fijos. Sin embargo, el caso concreto nos puede llevar a determinar que existen trabajadores fijos asignados a la misma obra, con idénticas funciones y exigencias formativas, en cuyo caso existiría un término válido de comparación y, en este caso, no habría justificación alguna de política social que se pueda esgrimir, por lo que en principio la Doctrina De Diego podría ser aplicable en tales supuestos.
Esta primera impresión ya se ha confirmado, puesto que la Doctrina De Diego se ha aplicado a los contratos de obra y servicio en la **STSJ Pais Vasco 18 octubre 2016 . Rec 1812/2016 y en la STSJ País Vasco de 18 octubre 2016. Rec 1690/2016. En esta última, el contrato superaba el plazo de 3 años (art.15.5 y DA 15ª ET), sin embargo no es aplicable al caso la conversión a indefinido prevista en el art.15.5 ET, por exceptuarlo la DA 15ª.**
**En este caso se declara bien extinguido el contrato y se confiere la indemnización de 20 días por año, en lugar de la de 12 días del art.49.1 c) ET**

La justificación para la aplicación de la Doctrina De Diego a los contratos de obra y servicio en estas dos sentencias del TSJ del País Vasco es similar y -por su interés- la reproducimos :

*"-No obsta a tal declaración que en el supuesto contemplado en dicha sentencia europea el contrato objeto de debate fuera de los calificados como de interinidad -art. 15.1.c), del ET-, frente al suscrito por la aquí actora y que aunque se denomine de realización de "un proyecto de investigación", es a la postre de los considerados por obra o servicio determinado –art. 15.1.a), del ET-, por mor de la expresa remisión que incluye el art. 30, de la Ley 14/2011, norma ya relacionada en un fundamento de derecho anterior.*

*Y decimos que no es obstáculo pues el en su momento firmado por la trabajadora es incardinable, incluso por expresa remisión nominativa –"realización de una obra o servicio determinado"-, en el concepto de "contrato de duración determinada", recogida en la Cláusula 3.1, antes transcrita.*

*Asimismo, el punto de partida, suscripción de un contrato de trabajo de duración incierta, y a su vez el de terminación, una decisión de la empleadora basada en que ya no existe causa suficiente para su mantenimiento, son idénticos en ambos casos. Queremos hacer hincapié en este último aspecto pues a nuestro juicio es un elemento sustancial en la teoría que arbitra la sentencia del TJUE tantas veces mencionada. Es decir, tanto en el supuesto de una trabajadora fija de plantilla como en el del que suscribe un contrato de duración determinada, cuando la empresa decide extinguir unilateralmente la relación laboral por concurrir una causa legalmente justificada, y por ende también por motivos ajenos a la voluntad de la trabajadora, se produce una identidad en la objetivación de la causa. A tal efecto si tomamos como referencia legislativa los arts. 51.1 y 52.c), del ET, podríamos decir que la terminación del contrato de investigación es asimilable a la que se conoce como causa "productiva" – "cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado", recordemos-.*

*No obstante, queremos matizar que la referencia a dichos preceptos estatuarios es únicamente afectos argumentales e indemnizatorios. Señalamos que con ello no queremos decir que lo anterior suponga que en supuestos como el que ahora nos ocupa, la empresa debiera haber satisfecho las formalidades previstas en el num. 1.b), del art. 53, del ET, la hora de extinguir el contrato de la Sra. Sánchez, con la consecuencia de que ante ese teórico incumplimiento, la calificación aquí a dar sería la de despido improcedente –art. 122.3, de la LRJS-. Caso contrario, se produciría una reconversión total del debate. "*

**Contratos eventuales**

En cuanto a los contratos eventuales, se pueden celebrar cuando circunstancias del mercado, acumulación de tareas o excesos de pedidos así lo exijan, aún tratándose de la actividad normal de la empresa.

En estos supuestos, no parece que la naturaleza de las tareas (pueden ser actividad normal) pueda llevar al fracaso el juicio de comparación, por lo que no será infrecuente que trabajadores fijos realicen las mismas tareas, con la misma formación y en idénticas condiciones que los eventuales.

En este punto se revela con total crudeza la incongruencia del sistema de contratación temporal y de la causalidad objetiva de la extinción, porque, en rigor, la disminución de las tareas o pedidos pueden suponer la extinción de un contrato por tiempo indefinido por causas productivas (art.51.1 y art.52c) ET) con 20 días de indemnización, mientras que un trabajador eventual al llegar al término del contrato percibirá sólo 12 días de indemnización.

Entendemos, sin perjuicio de una necesidad de análisis caso a caso, que el contrato eventual se presta a la existencia de un término válido de comparación y, por supuesto, a la inexistencia de una justificación objetiva y razonable para el trato desfavorable.

### *III.4.6.- El impacto de la doctrina sobre el personal laboral indefinido no fijos*

El personal indefinido no fijo, se considera, por la doctrina del TS que tiene derecho por imperativo legal, en aplicación analógica del artículo 49.1,c) del ET, otorgar en estos casos al trabajador indefinido no fijo que ha sido objeto de una válida extinción la misma indemnización por fin de contrato establecida para la mayoría de los contratos temporales en dicho precepto.

Así, la STS de 14/10/2013 (RJ 2013, 8000) (RCUD 68/2013 ) , STS 11 febrero 2014. RJ 2014\913, afirma que la asimilación a efectos extintivos entre la relación «indefinida no fija» y la interinidad, no parece razonable que puede llevarse al extremo de obstar una interpretación analógica - art. 4.1 CC - del art. 49.1.c) ET y que no deba reconocerse a aquellos trabajadores la misma indemnización que la prevista para la extinción de los contratos temporales por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio pactados; interpretación que se impone con mayor fuerza si se atiende a la Directiva 1999/70/CE [28/Junio] y a la jurisprudencia que la interpreta [ SSTJUE 4/Julio/06 (RJCA 2006, 181) , Asunto Adeneler ; 7/Septiembre/06 (TJCE 2006, 229) , Asunto Marrossu y Sardino ; 7/Septiembre/06 (TJCE 2006, 224) , Asunto Vassallo ; y 23/Abril/09 (TJCE 2009, 94) , Asunto Angelidaki ], y por la que se reitera el principio de «efectividad» en orden a la contratación temporal.

**Por tanto, con la doctrina De Diego si la naturaleza del indefinido no fijo es equiparable al interino, al menos a efectos extintivos, ahora la regular extinción del contrato comportará una indemnización no de 12 días/año sino de 20/días año.**

### *III.4.7.- El posible impacto de la doctrina sobre el personal funcionario interino*

Hay que partir de que no **hay duda alguna que la Directiva 99/70 se aplica al personal funcionario interino de las Administraciones públicas**[44].

Desde antiguo, el TJUE ha venido considerando que la definición de trabajador con contrato de duración determinada engloba a todos los trabajadores, sin establecer diferencias en función del carácter público o privado del empleador para el que trabajan[45]

En concreto, la aplicación a personal con vínculo administrativo, no laboral, en el caso de España se ha producido, entre otros en los casos de las STJUE 9 julio 2015. Caso Regojo Dans y STJUE 18 octubre 2012, Caso Valenza

Por tanto, **la cuestión es si los funcionarios/as interinos que cesen en su relación por cobertura de la plaza que ocupan o por amortización de la misma son comparables con los trabajadores en régimen laboral a efectos de indemnización**

Nuestro **TC ha considerado tradicionalmente (**ej. STC 148/90 de 1 de octubre) que la **desigualdad de trato entre personal funcionario y laboral no es invocable en cuanto a condiciones de trabajo** (ej. cómputo de período de excedencia a efectos de antigüedad) porque son dos colectivos distintos , que se hallan enmarcados en situaciones jurídicas diferenciadas que actúan unas entre la administración y el personal funcionario y otras entre empresario y trabajador, aplicándoseles derecho público y privado, por lo que, en definitiva **no constituyen situaciones comparables**. En el mismo sentido respecto personal estatutario y laboral se pronuncia, entre otras, la STC 56/88 de 24 de marzo, y STC 170/88 de 29 de septiembre.

Sin embargo, **la cuestión cambia radicalmente en el contexto de la Directiva 99/70**, pues como hemos analizado, el TJUE considera comparables funcionarios y laborales y entiende que no es justificación objetiva del trato menos favorable una norma abstracta y general como la ley o el convenio:

"debe entenderse que el concepto de «razones objetivas», en el sentido de la cláusula 4, apartados 1 y/o 4, del Acuerdo marco no permite justificar una diferencia de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores fijos por el hecho de que aquélla esté prevista por una norma nacional general y abstracta, como una Ley o un convenio colectivo"[46]

En conclusión, la Doctrina De Diego comporta que el cese del personal funcionario interino cuando finalice la causa que dio lugar a su nombramiento (art.10.3 RDL 5/2015), debería dar derecho a una indemnización de 20 días por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades, igual que para los interinos laborales, porque la mera diferencia de régimen jurídico (estatutario o laboral) no justifica, en sí mismo, el trato desfavorable que los funcionarios interinos sufren respecto de trabajadores fijos laborales comparables.

---

[44] STJUE 9 julio 2015. Caso Regojo Dans . TJCE 2015\287; STJUE 26 noviembre 2014. Caso Mascolo TJCE 2014\455; STJUE 12 diciembre 2013. Caso Carratù. TJCE 2013\448; STJUE 18 octubre 2012. Caso Valenza. TJCE 2012\292

[45] (STJCE 4 julio 2006, Caso Adeneler y otros TJCE 2006/181 F. 56; STJCE 7 septiembre 2006, Caso Marrosu y Sandino TJCE 2006/229)

46 (STJUE 18 octubre 2012. Caso Valenza, con cita de sentencias Del Cerro Alonso [TJCE 2007, 229] , antes citada, apartado 57, y de 22 de diciembre de 2010 [TJCE 2010, 414] , Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09, Rec. p. I-14031, apartado 54; auto Montoya Medina, antes citado, apartado 40; sentencia Rosado Santana [TJCE 2011, 255] , antes citada, apartado 72, y auto Lorenzo Martínez, antes citado, apartado 47).

## III.5- CONCLUSIONES: TRASCENDENCIA PRÁCTICA DE LA DOCTRINA DE DIEGO

Las consecuencias de la doctrina fijada en el Caso De Diego son innegables y exigen el examen de diversas cuestiones que trataremos de ordenar como sigue en las siguientes cuestiones:

¿Se trata sólo de un caso concreto o afecta a una generalidad de supuestos?

¿La doctrina De Diego es extrapolable a otros contratos temporales distintos del de interinidad?

¿La doctrina De Diego es invocable sólo frente a Administraciones Públicas o también frente a particulares

¿Afecta esta resolución a otras categorías de trabajadores de duración determinada, en particular a los indefinidos no fijos?

¿Es aplicable a los funcionarios interinos que cesen finalizar la causa que dio lugar a su nombramiento***?***

¿Qué indemnizaciones podrán reclamarse?

¿Qué impacto temporal tiene esta resolución? La prescripción

### *III.5.1.- ¿Se trata sólo de un caso concreto o afecta a una generalidad de supuestos?*

A los pocos días de haberse dictado la resolución De Diego, no han faltado voces que se han apresurado a decir que se trata de una resolución de un caso concreto, que no tiene trascendencia en los demás contratos[47].

Sin embargo, dicha interpretación no es plausible si tenemos en cuenta lo que la propia sentencia afirma con meridiana claridad: el Derecho de la UE se opone a una normativa nacional que deniega cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización, en particular, a los trabajadores fijos comparables.

**Por tanto, la doctrina De Diego se aplica -sin duda- a todos los supuestos de contratos de interinidad a cuya terminación el art.49.1c) no concede indemnización alguna. La sentencia no distingue entre interinidad por sustitución y por vacante (art.4 RD 2720/98), por lo que es aplicable a ambos,** como hemos examinado

Por lo demás, una sentencia con efectos limitados al caso concreto, como se sostenía, es obvio que no hubiera justificado la reunión de la Ministra en funciones con los Agentes Sociales, como así ha ocurrido[48].

Resta por ver el alcance del impacto de esta sentencia en los casos concretos, pero, lo que no cabe objetar, es que no se trata de una cuestión puntual y anecdótica, sino de una doctrina que -sin duda alguna- va a dar mucho de qué hablar en la praxis del foro social en los próximos meses.

[47] SAGARDOY DE SIMÓN, I "Enredo judicial en la contratación". Diario El Mundo 23/09/16

[48] http://economia.elpais.com/economia/2016/10/13/actualidad/1476364770_898644.html

***III.5.2.- ¿La doctrina De Diego es extrapolable a otros contratos temporales distintos del de interinidad?***

**Formativos:**

En principio puede sostenerse que los contratos formativos se hallan excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva.

Ello es así, porque el art.15.5 ET excluye de su aplicación la utilización de los contratos formativos, de relevo e interinidad, a los contratos temporales celebrados en el marco de programas públicos de empleo-formación, así como a los contratos temporales que sean utilizados por empresas de inserción debidamente registradas y el objeto de dichos contratos sea considerado como parte esencial de un itinerario de inserción personalizado.

Por otro lado, es cierto que el art.15.6 ET, no es tan claro en la exclusión, y dispone que la igualdad de trato temporales e indefinidos se dará *" sin perjuicio de las particularidades específicas de cada una de las modalidades contractuales en materia de extinción del contrato y de aquellas expresamente previstas en la ley en relación con los contratos formativos"* . No es menos cierto que esta última cláusula puede interpretarse en el sentido de que se excluye del ámbito de aplicación de la Directiva las condiciones de trabajo de la extinción en los contratos formativos. Sin embargo, en los formativos se exige que estén expresamente previstas, lo que me llevaría a concluir -corrigiendo mi anterior postura- que una lectura integrada de este precepto y del art.49.1c) ET los contratos formativos (en prácticas y para la formación), estarían excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva, como así autoriza la cláusula 2.2 del Acuerdo marco

**Contratos de obra y servicio determinado:** Si bien la obra o servicio, que tienen sustantividad propia podrían suponer un fracaso del juicio de comparación con los trabajadores fijos, el análisis del caso concreto nos puede llevar a determinar que existen trabajadores fijos asignados a la misma obra o servicio, con idénticas funciones y exigencias formativas, en cuyo caso existiría un término válido de comparación y, en este caso, no habría justificación alguna de política social que se pueda esgrimir para abonar una indemnización de 12 en lugar de una de 20 días por año, por lo que en principio la Doctrina de Diego podría ser aplicable en tales supuestos y, de hecho, ya lo ha sido en las SSTSJ País Vasco de 18 octubre 2016 (Recs 1872/16 y 1690/16)

**Contratos eventuales**

En estos supuestos, no parece que la naturaleza de las tareas (pueden ser actividad normal) pueda llevar al fracaso el juicio de comparación, por lo que no será infrecuente que trabajadores fijos realicen las mismas tareas, con la misma formación y en idénticas condiciones que los eventuales.

Entendemos, sin perjuicio de una necesidad de análisis caso a caso, que el contrato eventual se presta a la existencia de un término válido de comparación y, por supuesto, a la inexistencia de una justificación objetiva y razonable para el trato desfavorable, por lo que la Doctrina de Diego se aventura fecunda en este campo.

***III.5.3.- ¿La doctrina De Diego es invocable sólo frente a Administraciones Públicas o también frente a particulares?***

El TJUE ya se ha pronunciado en el sentido de que la cláusula 4 del Acuerdo Marco es incondicional y lo suficientemente precisa para poder ser invocada por un particular ante un tribunal nacional (STJUE de 12 diciembre 2013. Caso Carratù), por lo que su eficacia ante las Administraciones Públicas está fuera de toda cuestión.

Por otro lado, la condición del principio de igualdad de trato y no discriminación desarrollado por la cláusula 4 del Acuerdo Marco de derecho fundamental y, por ende de desarrollo de derecho originario (art.21 CDFUE), supone que el mismo tenga eficacia horizontal o entre particulares, conforme a la doctrina del TJUE y del TS.

***III:5.4.- ¿Afecta esta resolución a otras categorías de trabajadores de duración determinada, en particular a los indefinidos no fijos?***

Con la doctrina De Diego si la naturaleza del indefinido no fijo es equiparable al interino, al menos a efectos extintivos, ahora la regular extinción de su contrato comportará una indemnización no de 12 días/año, sino de 20/días año.

***III.5.5.- ¿Es aplicable a los funcionarios interinos que cesen finalizar la causa que dio lugar a su nombramiento?***

El cese del personal funcionario interino cuando finalice la causa que dio lugar a su nombramiento (art.10.3 RDL 5/2015), debería dar derecho a una indemnización de 20 días por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades, igual que para los interinos laborales

***III.5.6.- ¿Qué indemnizaciones podrán reclamarse?***

Los supuestos en que la Doctrina De Diego resulte de aplicación pueden reclamar la de un trabajador a tiempo completo comparable, que el TJUE sitúa en 20 días por año de servicio, con un máximo de 12 meses (art.531b ET)

***III.5.7.- ¿Qué impacto temporal tiene esta resolución?***

**En el ámbito laboral,** la doctrina puede aplicarse a:
- Todos los contratos temporales de interinidad, formativos en prácticas, obra y servicio y eventuales, así como indefinidos no fijos, a los que sea aplicable la Doctrina de Diego en el sentido expuesto y que se extingan a partir de 14 de septiembre de 2016.

- Los contratos extinguidos antes de 14 de septiembre de 2016, tendrían su acción para reclamar la indemnización de 20 días/año o la diferencia entre la de 12 días y la de 20 días no prescrita (art.59.1 ET)

Están prescritas las acciones referidas a extinciones producidas antes de 14 de septiembre de 2015 y, en general, todas aquellas en que se interponga la demanda transcurrido 1 año desde la fecha de la extinción.

**En el ámbito de las Administraciones públicas y el personal funcionario**: el plazo de prescripción, conforme al art.25 de la Ley 47/03 de 26 de noviembre es de **4 años**



Autor: Carlos Hugo Preciado Domènech
Magistrado especialista del Orden Social

***IV.- COMENTARIO DE LA STJUE 14/09/16. CASO PÉREZ LÓPEZ CONTRA SERSACAM: Personal estatutario temporal eventual: prohibición de contratación sucesiva temporal para cubrir necesidades permanentes y discriminación por falta de indemnización al cese***

## IV.1.- MARCO NORMATIVO DE LA CONTROVERSIA

### Normativa comunitaria

**Cláusula 5 del Acuerdo Marco**, celebrado el 18 de marzo de 1999 (en lo sucesivo, «Acuerdo marco»), que figura en el anexo de la **Directiva 1999/70/CE**

**Medidas destinadas a evitar la utilización abusiva** :

1. A efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, **introducirán de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, 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.
2. Los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, cuando resulte sea necesario, determinarán **en qué condiciones** los contratos de trabajo o relaciones laborales **de duración determinada**:
a) se considerarán "**sucesivos"**;
b) se considerarán **celebrados por tiempo indefinido.**

### Normativa española

**Ley 55/2003 de 16 de diciembre; por la que se aprueba el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud**.

**Artículo 8. Personal estatutario fijo**
Es personal estatutario fijo el que, una vez superado el correspondiente proceso selectivo, obtiene un nombramiento para el desempeño con carácter permanente de las funciones que de tal nombramiento se deriven.

**Artículo 9. Personal estatutario temporal**
1. Por **razones de necesidad**, de **urgencia o** para el desarrollo de **programas de carácter temporal**, **coyuntural** o **extraordinario,** los servicios de salud podrán nombrar **personal estatutario temporal.**
Los nombramientos de personal estatutario temporal podrán ser **de interinidad**, de **carácter eventual** o **de sustitución.**
2. El nombramiento de **carácter interino** se expedirá para el desempeño de una **plaza vacante** de los centros o servicios de salud, cuando **sea necesario atender las correspondientes funciones**.
Se acordará el **cese** del personal estatutario interino cuando **se incorpore personal fijo**, por el procedimiento legal o reglamentariamente establecido, a la plaza que desempeñe, así como cuando **dicha plaza resulte amortizada.**
3. El nombramiento de **carácter eventual** se expedirá en los siguientes supuestos:
a) Cuando se trate de la prestación de **servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria**.
b) Cuando sea necesario para **garantizar el funcionamiento permanente** y **continuado de los centros sanitarios**.
c) Para la prestación de **servicios complementarios de una reducción de jornada ordinaria**.

Se acordará el **cese del personal estatutario eventual** cuando se produzca la causa o venza el plazo que expresamente se determine en su nombramiento, así como cuando se supriman las funciones que en su día lo motivaron.
Si se realizaran más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un período acumulado de 12 o más meses en un período de dos años, procederá el estudio de las causas que lo motivaron, para valorar, en su caso, si procede la creación de una plaza estructural en la plantilla del centro.

4. El **nombramiento de sustitución** se expedirá cuando **resulte necesario atender las funciones de personal fijo o temporal**, durante **los períodos de vacaciones, permisos y demás ausencias de carácter temporal** que comporten **la reserva de la plaza**.
Se acordará el cese del personal estatutario sustituto cuando se reincorpore la persona a la que sustituya, así como cuando ésta pierda su derecho a la reincorporación a la misma plaza o función.

5. **Al personal estatutario temporal le será aplicable, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general del personal estatutario fijo.**

Art.15.3 ET: «se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley».

Art.3 RD 2720/1998, de 18 de diciembre, el contrato eventual, incluido en la categoría de contratos de duración determinada, está pensado para dar repuesta a necesidades coyunturales.

Art. 49, aptdo1, c), ET : a la finalización del contrato, excepto en los casos del contrato de interinidad y de los contratos formativos, el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar **doce días de salario por cada año de servicio**

## IV.2.- SUPUESTO DE HECHO

La Sra. Pérez López fue nombrada **personal estatutario temporal eventual** como enfermera en el Hospital Universitario de Madrid durante el período comprendido entre el 5 de febrero y el 31 de julio de 2009.
El nombramiento indicaba como causa justificativa la «realización de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria», y como contenido y descripción de la prestación el «desarrollo de su actividad en este Hospital para garantizar la atención asistencial».
Tras el primer nombramiento, fueron emitidos nuevos nombramientos de la Sra. Pérez López en siete ocasiones, con una duración de tres, seis o nueve meses, todos con idéntico contenido, de modo que la Sra. Pérez López prestó servicios sin solución de continuidad durante **el período comprendido entre el 5 de febrero de 2009 y el 31 de marzo de 2013.**
Durante la vigencia del último de los nombramientos mencionados, correspondiente al período comprendido entre el 1 de enero de 2013 y el 31 de marzo de 2013, la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid dictó la Orden de 28 de enero de 2013, por la que, para cumplir el objetivo de contención del gasto público, se establecía que, una vez llegada la fecha de fin del nombramiento, debía procederse al cese del personal estatutario temporal eventual y a la liquidación de haberes correspondiente al período de servicios prestados, incluso en los casos en los que, a continuación, fuera a realizarse un nuevo nombramiento a favor del mismo titular.
Con arreglo a dicha Orden, el 8 de marzo de 2013 se comunicó a la Sra. Pérez López la finalización de su relación de servicio con el Servicio Madrileño de Salud, con efectos a 31 de marzo de 2013. No obstante, el **21 de marzo de 2013 se le comunicó su nuevo nombramiento, idéntico a los que le precedieron y sin solución de continuidad** respecto del anterior, por el período comprendido entre el 1 de abril y el 30 de junio de 2013.

El 30 de abril de 2013, la Sra. Pérez López **interpuso recurso de alzada contra la comunicación de cese** y contra su nuevo **nombramiento como personal estatutario temporal eventual**. Transcurrido el plazo previsto legalmente para considerar desestimado su recurso de alzada por silencio administrativo, el 13 de septiembre de 2013 interpuso **recurso contencioso** ante el **Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 4 de Madrid, en el que alega, en esencia, que sus sucesivos nombramientos no tenían por objeto responder a necesidades coyunturales o extraordinarias de los servicios de salud, sino que en realidad correspondían a una actividad permanente.** En consecuencia, la sucesión de nombramientos de duración determinada incurre en fraude de ley y la relación de servicio debe transformarse.

**Según el juzgado remitente**, la normativa nacional controvertida, y más concretamente **el artículo 9 del Estatuto Marco, no contiene medidas que limiten de manera efectiva la utilización de sucesivos contratos de duración determinada**. En efecto, aunque se establezca una duración máxima de la **relación de servicio del personal estatutario temporal eventual**, la **Administración puede apreciar libremente las razones que justifican la utilización de sucesivos nombramientos de duración determinada y la oportunidad de crear una plaza estructural** que responda a las necesidades de los servicios de salud. Ahora bien, considera que, **en el caso de que se cree dicha plaza, se mantendrá la situación precaria de este personal estatutario, ya que la Administración tiene la posibilidad de cubrir estas plazas mediante el nombramiento de personal estatutario temporal interino, sin que existan límites en cuanto a la duración o al número de renovaciones de los nombramientos de duración determinada de dicho personal.**

El juzgado remitente también muestra sus dudas en lo que atañe a **la compatibilidad de las disposiciones nacionales controvertidas con el principio de no discriminación** tal como está formulado en la cláusula 4 del Acuerdo marco. Señala que el **personal estatutario temporal** eventual de los servicios de salud sujeto al Estatuto Marco y **los trabajadores vinculados por un contrato de trabajo eventual**, regulado por el Estatuto de los Trabajadores, **son relaciones laborales de duración determinada comparables**. Ahora bien, **a diferencia de las disposiciones aplicables al personal estatutario temporal eventual**, el Estatuto de los Trabajadores no sólo **reconoce a estos trabajadores con contrato de duración determinada el derecho a una indemnización** equivalente a **doce días de salario por cada año trabajado o fracción inferior**, sino que además incluye una cláusula de garantía en favor de la estabilidad en el empleo, consistente en que **los contratos temporales celebrados en fraude de ley se presumirán celebrados por tiempo indefinido.**

**Cuestiones que plantea el Juzgado de lo Contencioso nº 4 de Madrid:**

«1) ¿**Es contrario al [Acuerdo marco] y, por lo tanto, inaplicable, el artículo 9.3 de la Ley 55/2003,** de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, **por favorecer los abusos derivados de la utilización de sucesivos nombramientos de carácter eventual**?, en la medida que:

a) **No fija una duración máxima total** para los sucesivos nombramientos de carácter eventual, ni un número máximo de renovaciones de los mismos.

b) **Deja a la libre voluntad de la Administración la decisión de proceder a la creación de plazas estructurales,** cuando se realicen más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un período acumulado de 12 o más meses en un período de dos años.

c) Permite realizar nombramientos de carácter eventual **sin exigir la constancia en los mismos de la concreta causa objetiva de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria que los justifique**.

2) ¿**Es contrario al [Acuerdo marco] y, por lo tanto, inaplicable, el artículo 11.7** de la **Orden de la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid, de fecha 28 de enero de 201**3, al establecer que «**una vez llegada la fecha fin del nombramiento, en todo caso, deberá procederse al cese y liquidación de haberes correspondiente al período de servicios prestados, incluso en los casos en los que, a continuación, vaya a realizarse un nuevo nombramiento a favor del mismo titular**», con independencia, por lo tanto, de que haya finalizado la concreta causa objetiva que

justificó el nombramiento, tal y como se establece en la cláusula 3.1 del Acuerdo marco?
3) ¿Es **acorde con el objeto pretendido con el [Acuerdo marco**] la interpretación del **párrafo tercero del artículo 9.3 del [Estatuto marco**], en el sentido de considerar que **cuando se realicen más de dos nombramientos** para la prestación de los mismos servicios **por un período acumulado de 12** o más meses **en un período de dos años**, se **deba proceder a la creación de una plaza estructural en la plantilla del centro**, pasando entonces el trabajador con nombramiento de **carácter eventual a ser nombrado con carácter interino?**
4) ¿Es **acorde con el principio de no discriminación reconocido** en el [Acuerdo marco] la **aplicación al personal estatutario temporal de carácter eventual de la misma indemnización prevista para los trabajadores con contrato de trabajo eventual**, dada la **identidad sustancial entre ambas situaciones,** pues carecería de sentido que trabajadores con idéntica cualificación, para prestar servicios en la misma empresa (Servicio Madrileño de Salud), realizando la misma función y para cubrir idéntica necesidad coyuntural, **tuvieran un tratamiento distinto en el momento de la extinción de su relación,** sin que **exista razón aparente que impida comparar entre sí contratos de duración determinada para evitar situaciones discriminatorias**?»

## IV.3.- RESPUESTA DEL TJUE

El TJUE da las siguientes respuestas a las cuestiones planteadas:

1) La cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que **se opone a que una norma nacional**, como la controvertida en el litigio principal, **sea aplicada por las autoridades del Estado miembro de que se trate de manera que:**

– **la renovación de sucesivos nombramientos de duración determinada en el sector de la sanidad pública se considera justificada por «razones objetivas»**, en el sentido de dicha cláusula, **debido a que los nombramientos se basan en disposiciones que permiten la renovación para garantizar la prestación de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria**, siendo así que, en **realidad, estas necesidades son permanentes y estables;**

– **no existe ninguna obligación de crear puestos estructurales que pongan fin al nombramiento del personal estatutario temporal eventual que incumba a la Administración competente y le permite proveer los puestos estructurales creados mediante el nombramiento de personal estatutario temporal interino**, de modo que la situación de precariedad de los trabajadores perdura, mientras que el Estado miembro de que se trata tiene un déficit estructural de puestos fijos en dicho sector.

2) La cláusula 5 del Acuerdo marco, debe interpretarse en el sentido de que, en principio, **no se opone a una norma nacional como la controvertida** en el litigio principal, **que impone que la relación de servicio finalice** en la **fecha prevista en el nombramiento** de **duración determinada** y que se **abone la liquidación de haberes**, **sin perjuicio de un posible nombramiento posterior**, **siempre que esta norma no**

**menoscabe el objetivo o el efecto útil del Acuerdo marco,** lo que incumbe comprobar al juzgado remitente.

3) El Tribunal de Justicia de la Unión Europea **es manifiestamente incompetente para responder a la cuarta cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 4 de Madrid.**

## IV.4.- COMENTARIO

### *IV.4.1.- El ámbito de aplicación de la Directiva 99/70*

El TJUE, reitera su doctrina, que aplicada al caso concreto supone que el Acuerdo Marco **es de aplicación al personal estatutario temporal eventual de un servicio público de salud**[49], porque el Acuerdo Marco engloba a todos los trabajadores, sin establecer diferencias en función del carácter público o privado del empleador para el que trabajan y ello independientemente de la calificación de su contrato en Derecho interno.

### *IV.4.2.- La renovación de contratos de duración determinada para cubrir necesidades que, de hecho, no tienen carácter provisional, sino permanente y estable*

#### *IV.4.2.1.- La doctrina del TJUE sobre los límites de la sucesión de contratos de duración determinada*

El TJUE empieza por recordar que **el objetivo de la cláusula 5** del Acuerdo Marco no es otro que **imponer límites a la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada**, considerada **fuente potencial de abusos** en **perjuicio de los trabajadores**, estableciendo un cierto número de disposiciones protectoras mínimas con objeto de evitar la precarización de la situación de los asalariados.
Para lograr tal objetivo los Estados miembros disponen de margen de apreciación, pudiendo optar por cualquiera (una o varias) de las 3 medidas que contempla la cláusula 5:
- razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales,
- duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales
- número de sus renovaciones

Por tanto, los **Estados miembros han de prevenir abusos de la contratación temporal**, **por cualquiera de los medios indicados** y, además, a elección de los medios para alcanzarlo, siempre que no pongan en peligro el objetivo o el efecto útil del Acuerdo marco, teniendo en cuenta que el Derecho de la Unión no establece sanciones específicas para el caso de que se compruebe no obstante la existencia de abusos, corresponde a las autoridades nacionales adoptar las medidas apropiadas para hacer frente a dicha situación, **medidas que no sólo deben ser proporcionadas**, sino también

[49] SSTJUE 4 de julio de 2006, Adeneler y otros, C-212/04 F. 56; de 13 de marzo de 2014, Márquez Samohano, C-190/13, F. 38; de 3 de julio de 2014, Fiamingo y otros, C-362/13, C-363/13 y C-407/13, f. 28 y 29; y de 26 noviembre de 2014, Mascolo y otros, C-22/13, C-61/13, C-63/13 y C-418/13, F. 67).

lo bastante **efectivas y disuasorias** como para **garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas** en aplicación del Acuerdo marco[50]

El **principio de equivalencia** impone que cuando se ha producido una utilización abusiva de contratos de trabajo de duración determinada sucesivos, hay que poder aplicar alguna medida que ofrezca garantías de protección de los trabajadores efectivas y equivalentes, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión [51]

Sin embargo, corresponde a los jueces nacionales apreciar en qué medida los requisitos de aplicación y la ejecución efectiva de las disposiciones pertinentes del Derecho interno hacen que éstos constituyan una medida apropiada para prevenir y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada -

### *IV.4.2.2.- La regularidad de la normativa nacional (art.9.3 Ley 55/03)*

El TJUE dice con total claridad que **una disposición nacional que se limitara a autorizar de manera general y abstracta, a través de una norma legal o reglamentaria, la utilización de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada no se ajustaría a las exigencias** de la Directiva[52] , sin embargo, considera que no es tal el caso de la normativa española, en concreto, del art.9.3 Ley 55/03.

En este sentido, el TJUE considera que **la normativa nacional determina de manera precisa los requisitos con arreglo a los cuales se pueden celebrar sucesivos contratos o relaciones de trabajo de duración determinada**. El art.9.3 Ley 55/03 permite nombramientos temporales, según los casos, cuando se trate de la prestación de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria, cuando sea necesario para garantizar el funcionamiento permanente y continuado de los centros sanitarios o para la prestación de servicios complementarios de una reducción de jornada ordinaria. Esta disposición aclara además que, si se realizan más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un período acumulado de doce o más meses en un período de dos años, la Administración competente estudiará las causas de estos nombramientos y valorará si procede la creación de una plaza estructural.

A la vista de ello **el TJUE concluye** que **la norma nacional controvertida en el litigio principal no establece una autorización general y abstracta para utilizar sucesivos contratos de trabajo de duración determinada**, sino que limita la celebración de tales contratos, en esencia, a los efectos de satisfacer necesidades provisionales

---

50 STJUE 3 de julio de 2014, Fiamingo y otros, C-362/13, C-363/13 y C-407/13, f- 62 y jurisprudencia citada, y de 26 de noviembre de 2014, Mascolo y otros, C-22/13, C-61/13, C-63/13 y C-418/13, f.77.

51 STJUE 3 de julio de 2014, Fiamingo y otros, C-362/13, C-363/13 y C-407/13, f. 64 y jurisprudencia citada, y de 26 de noviembre de 2014, Mascolo y otros, C-22/13, C-61/13, C-63/13 y C-418/13, f.79

52 STJUE 23 de abril de 2009, Angelidaki y otros, C-378/07 a C-380/07, EU:C:2009:250, apartado 97 y jurisprudencia citada; de 26 de enero de 2012, Kücük, C-586/10, EU:C:2012:39, apartado 28, y de 13 de marzo de 2014, Márquez Samohano, C-190/13, EU:C:2014:146, apartado 46).

### *IV.4.2.3.- La irregularidad de práctica nacional (art.9.3 Ley 55/03)*

En segundo lugar, el TJUE, reconoce que puede considerarse una **"razón objetiva"** para la contratación temporal l**a sustitución temporal de un trabajador para atender necesidades de personal de duración limitada;** así mismo reconoce que la Administración sanitaria tiene necesidades de adecuar el personal al número de pacientes que pueden justificar en este **sector específico el recurso a nombramientos sucesivos de duración determinada; pero fija un límite infranqueable:**
**"*no puede admitirse que nombramientos de duración determinada puedan renovarse para desempeñar de modo permanente y estable funciones de los servicios de salud incluidas en la actividad normal del personal estatutario fijo*"** [53]

La **renovación de contratos o relaciones laborales** de duración determinada **para cubrir necesidades que**, de hecho, **no tienen carácter provisional, sino permanente y estable, no está justificada en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo marco**, en la medida en la que tal utilización de contratos o relaciones laborales de duración determinada se opone directamente a la premisa en la que se basa dicho Acuerdo marco, a saber, que los contratos de trabajo de duración indefinida constituyen la forma más común de relación laboral, aunque los contratos de duración determinada sean característicos del empleo en algunos sectores o para determinadas ocupaciones y actividades[54]
En este sentido, **el Juez nacional debe comprobar:**
a) que la renovación de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada trata de atender a necesidades provisionales
b) que una disposición como el art.9.3 Ley 55/03 no se utiliza, de hecho, para cubrir necesidades permanentes y duraderas del empleador en materia de personal[55]

En el caso concreto el TJUE concluye que los sucesivos nombramientos de la Sra. Pérez López para garantizar los servicios hospitalarios no parecen responder a meras necesidades temporales del empleador y se apoya para ello en la apreciación del juzgado remitente, que califica de «**mal endémico» la cobertura de puestos en el sector de los servicios de salud mediante nombramientos de personal estatutario temporal** y que considera que **alrededor del 25 % de las 50 000 plazas** de plantilla de personal facultativo y sanitario de la Comunidad de Madrid **están ocupadas por personal con nombramientos de carácter temporal,** llegando en algunos casos extremos **a rebasar los 15 años de prestación ininterrumpida de servicios**, con una **duración media de entre 5 y 6 años**.

A partir de ahí, el TJUE concluye que la normativa nacional controvertida en el litigio principal **no entraña ninguna obligación de crear puestos estructurales adicionales para poner fin al nombramiento de personal estatutario temporal eventual que incumba a la Administración competente.** Por el contrario, se desprende de las afirmaciones del juzgado remitente que los puestos estructurales creados serán provistos mediante el nombramiento de personal **estatutario temporal interino, sin que exista una limitación en cuanto a la duración de los nombramientos** de dicho personal ni en cuanto al número de sus renovaciones, de tal modo que, en realidad, la situación de

53 (véase, por analogía, la sentencia de 13 de marzo de 2014, Márquez Samohano, C-190/13, EU:C:2014:146, apartado 58).
[54] (véanse, en este sentido, las sentencias de 26 de enero de 2012, Kücük, C-586/10, EU:C:2012:39, apartados 36 y 37, y de 26 de noviembre de 2014, Mascolo y otros, C-22/13, C-61/13, C-63/13 y C-418/13, EU:C:2014:2401, apartado 100).
[55] (véanse, en este sentido, las sentencias de 26 de enero de 2012, Kücük, C-586/10, EU:C:2012:39, apartado 39 y jurisprudencia citada, y de 26 de noviembre de 2014, Mascolo y otros, C-22/13, C-61/13, C-63/13 y C-418/13, EU:C:2014:2401, apartado 101).

precariedad de los trabajadores se convierte en permanente. Pues bien, **esta normativa** puede permitir, infringiendo la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo marco, **la renovación de nombramientos de duración determinada para cubrir necesidades permanentes** y estables, **mientras que (...) en el Estado miembro de que se trata existe un déficit estructural de puestos de personal fijo.**

### *IV.4.3.- Regularidad de una norma que impone que la relación de servicio finalice en la fecha prevista en el nombramiento de duración determinada y que se abone la liquidación de haberes, sin perjuicio de un posible nombramiento posterior; siempre que no atente al efecto útil de la Directiva.*

El artículo 11.7 de la Orden de la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid, de fecha 28 de enero de 2013, al establecer que «una vez llegada la fecha fin del nombramiento, en todo caso, deberá procederse al cese y liquidación de haberes correspondiente al período de servicios prestados, incluso en los casos en los que, a continuación, vaya a realizarse un nuevo nombramiento a favor del mismo titular», con independencia, por lo tanto, de que haya finalizado la concreta causa objetiva que justificó el nombramiento, tal y como se establece en la cláusula 3.1 del Acuerdo marco

**El TJUE no da una respuesta definitiva** a la segunda cuestión prejudicial, que plantea la regularidad del artículo 11.7 de la Orden de la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid, de fecha 28 de enero de 2013, que impone que la relación de servicio finalice en la fecha prevista en el nombramiento de duración determinada y que se abone la liquidación de haberes, sin perjuicio de un posible nombramiento posterior; remitiendo la solución concreta al Juez nacional, en función de si dicha norma pone o no en peligro el efecto útil de la Directiva.

En este sentido, considera que el objetivo perseguido por la cláusula 5 del Acuerdo marco, que consiste en establecer límites a la utilización de sucesivos contratos y relaciones de trabajo de duración determinada, se vería completamente privado de su objeto si el mero hecho de que una relación laboral se considere nueva en Derecho nacional pudiera constituir una «razón objetiva», en el sentido de dicha cláusula, que permitiera autorizar una renovación de un contrato de trabajo de duración determinada, pero dado el alto margen de apreciación de los Estados concluye que la cláusula 5 del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que, en principio, no se opone a una norma nacional como la controvertida en el litigio principal, que impone que la relación de servicio finalice en la fecha prevista en el nombramiento de duración determinada y que se abone la liquidación de haberes, sin perjuicio de un posible nombramiento posterior, siempre que esta norma no menoscabe el objetivo o el efecto útil del Acuerdo marco, lo que incumbe comprobar al juzgado remitente.

### *IV.4.4.- La Directiva no se aplica a diferencias de trato entre trabajadores temporales*

**El TJUE se declara incompetente** para resolver la cuarta cuestión que se plantea, consistente en que **si la cláusula 4 del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional**, como la controvertida en el litigio principal, que **deniega toda indemnización por cese al personal estatutario temporal eventual**, mientras que, no obstante, **esta indemnización se concede** a la finalización del contrato de los **trabajadores comparables con contrato de trabajo eventual**.

La razón de la incompetencia es que el término de comparación no se establece entre el personal con contrato de duración determinado y el personal con contrato indefinido comparable; sino entre temporales, siendo que la discriminación entre temporales no se halla dentro del ámbito de aplicación de la Directiva,

Sin embargo el TJUE sugiere claramente la solución, **al decir que la diferencia de trato sólo podría estar incluida en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación establecido en la cláusula 4 del** Acuerdo marco **en el supuesto en que el juzgado remitente debiera declarar que trabajadores con una relación de servicio por tiempo indefinido** y que **realizan un trabajo comparable perciben una indemnización por extinción de la relación**, **mientras que esta indemnización se deniega al personal estatutario temporal eventual . Por si queda alguna duda, el TJUE se remite expresamente al caso De Diego Porras** (apartados 37 y 38).

Por tanto**, la conclusión parece obvia: la diferencia de trato entre el personal estatutario temporal eventual -que no percibe indemnización alguna a su cese- y el personal laboral contratado por tiempo indefinido -que percibe una indemnización de 20 días por año con un máximo de 12 mensualidades- es contraria al art.4 del Acuerdo Marco.**

### *IV.4.5.- La sentencia del Juzgado de lo Contencioso nº 4 de Madrid en el PA 371/13*

Tras la STJUE en el caso Pérez López, el órgano remitente, el JC nº 4 de Madrid, ha dictado a su vez sentencia en la que resuelve declarar que los sucesivos nombramientos de la demandante como personal estatutario sanitario de carácter eventual fueron realizados en fraude de ley y que, como consecuencia de lo anterior, su cese de fecha 31 de mano de 2013 es nulo de pleno derecho, no habiendo existido causa legal para el mismo, declarando, a su vez, que la relación que mantiene con la Administración demandada es de interinidad

En la argumentación de la sentencia la misma se hace eco de la **invariable doctrina de la Sala Contencioso-Administrativa de la CAM, absolutamente contraria al examen de la problemática de la sucesión de nombramientos desde la perspectiva de la Directiva 99/70. Doctrina que, como es obvio, tendrá que cambiar tras la sentencia Pérez López.**

**En este sentido, reproducimos el resumen que la misma hace el JCA nº 4 de Madrid**

**La** Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (fundamentalmente de su Sección 7a), pero de sentido radicalmente contrario (de las 30 sentencias que aparecen en el repertorio de jurisprudencia, referidas a este concreto tema y dictadas por dicho Tribunal, 29 son favorables para la Administración autonómica y tan sólo 1 es parcialmente desestimatoria para ella, si bien únicamente en cuanto desestima la causa de inadmisión del recurso alegada y acogida en la instancia), al expresar en ellas que:

(i) el personal estatutario de los Servicios de Salud no está vinculado a la Administración Sanitaria por una relación jurídica de naturaleza laboral (cuestión obvia y, por ello, no cuestionada por nadie);

(II) los sucesivos nombramientos y ceses "son verdaderos actos administrativos y que los mismos ganaron firmeza por no haber sido impugnados en su día", si bien, a

continuación y en las sentencias más recientes, se admite que puedan ser analizados "para determinar la legalidad de la actuación administrativa";
(iii) "falta el presupuesto de hecho para que podamos considerar que los nombramientos de la apelante deberían haber sido como personal estatutario interino y no eventual", cuando lo cierto es que, como ya se ha dicho antes, en estos casos la Administración no discute, en realidad, que con ellos no se trata de cubrir una eventualidad; y (iv) "en todo caso, el que se haya trabajado como personal estatutario eventual más de 12 meses en un período de dos años, ello en modo alguno significa que debería haber sido considerada personal estatutario interino como pretende, sino que lo único que sucede en tales supuestos es que la Administración sanitaria debe estudiar las causas que motivan aquella situación y valorar en su caso si procede la creación de una plaza estructural en la plantilla, es decir que en este caso la Ley apodera a la Administración a crear o no una plaza estructural en la plantilla del centro en función de las necesidades del servicio que sólo a dicha Administración corresponde valorar" (los párrafos entrecomillados están extraídos de las Sentencias de 06- 04-2010 —Rec Apel 14/2010- y de 03-03-2005 —Rec Apel 1216/2008-, pero se reproducen miméticamente en todas las demás). Ver más recientemente STSJ Madrid (cont-adm.) núm. 52/2016 de 28 enero.

## IV.5.- CONCLUSIONES: TRASCENDENCIA PRÁCTICA DE LA DOCTRINA PÉREZ LÓPEZ

1) La **aplicación de la Directiva 99/70 al personal temporal con relación funcionarial o estatutaria no es una novedad del caso Pérez López**, sino que ya había sido reconocida en la STJCE 13 septiembre 2007. **Caso Yolanda del Cerro** y Osakidetza, Asunto C-307/2005. En ese caso se concluyó que la Directiva podía sustentar una pretensión dirigida a que se asigne a un trabajador con un contrato de duración determinada una prima de antigüedad reservada por el Derecho nacional únicamente a los trabajadores fijos. De esta forma el **personal estatutario temporal logró el derecho al reconocimiento de los trienios, que se venían abonando al personal fijo.**

En este sentido, podemos decir que **los incumplimientos por el Reino de España de la Directiva 99/70, no es algo que pueda tacharse de anecdótico.** Así, a parte de los casos Pérez López y Yolanda del Cerro, en la STJUE 9 julio 2015, tenemos el Caso María José Regojo Dans contra Consejo de Estado, en la que España también resultó condenada, esta vez por razón de una funcionaria eventual, a la que se declaró que encajaba en el concepto de trabajadora de duración determinada del art.3.1 del Acuerdo marco y, por tanto, se declara discriminatorio que el personal eventual no perciba los mismos trienios que los funcionarios de carrera cuando ambas categorías de trabajadores se hallen en situaciones comparables, lo que corresponde verificar al tribunal remitente. En fin, el caso de los profesores asociados y el posible abuso de su contratación por las universidades españolas fue analizado por la STJUE 13 marzo 2014, Caso Antonio Márquez Samohano contra UNIVERSITAT POMPEU FABRA, Asunto C-190/13

2) **La norma nacional controvertida (art.9.3 Ley 55/03) no establece una autorización general y abstracta para utilizar sucesivos contratos de trabajo de duración determinada**, sino que limita la celebración de tales contratos, en esencia, a los efectos de satisfacer necesidades provisionales, por lo que la misma, en principio, no es contraria a la Directiva.

3) Sin embargo, el TJUE considera que la **práctica aplicativa de dicha norma sí es contraria a la Directiva**, toda vez que ***no puede admitirse que nombramientos de duración determinada puedan renovarse para desempeñar de modo permanente y estable funciones de los servicios de salud incluidas en la actividad normal del personal estatutario fijo*"**, **afirmación ésta que tampoco constituye una novedad, pues ya se había mantenido por el TJUE en el caso Márquez Samohano.**

Dado que la normativa nacional no **entraña ninguna obligación de crear puestos estructurales adicionales para poner fin al nombramiento de personal estatutario temporal eventual que incumba a la Administración competente** y que la provisión de puestos fijos mediante nombramiento de personal **estatutario temporal interino, no tiene una limitación en cuanto a la duración de los nombramientos** de dicho personal ni en cuanto al número de sus renovaciones, el TJUE concluye que en realidad, **la situación de precariedad de los trabajadores se convierte en permanente, por lo que dicha práctica se opone a la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo marco**.

4) El TJUE deja abierta la puerta para que **el personal estatutario temporal eventual de un servicio público de salud reclame la indemnización de 20 días por año que le corresponde a los contratados laborales indefinidos en situación comparable, con expresa remisión al Caso De Diego Porras.**
No obstante, no se pronuncia al respecto porque la cuestión prejudicial formuló el término de comparación entre personal de duración determinada ( estatutarios eventuales y laborales de duración determinada), comparación a la que no es aplicable la Directiva 99/70, por lo que se declara incompetente.

## TRASCENDENCIA PRÁCTICA

**¿Tienen acción los eventuales o los interinos para que se convoquen plazas cuando conste que están ocupando vacantes estructurales?**
En principio la cobertura de vacantes se trata de una potestad de la Administración y los eventuales en fraude de ley tendrán acción para que los declaren interinos, pero no para que se convoquen las plazas, cuestión ésta que atañe a la Administración, que a lo más viene obligada, conforme al art.9.3 de la Ley 55/03 a proceder al el estudio de las causas que motivaron más de 2 nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un período acumulado de 12 o más meses; y para valorar, en su caso, si procede la creación de una plaza estructural en la plantilla del centro.

Además, el art.80.2 Ley 55/03 establece como materias objeto de negociación las provisión de plazas y la oferta global de empleo, por lo que no procedería una condena de tal naturaleza, que supondría infringir el deber de negociación previa establecida por la ley.

Ahora bien, la pregunta se plantea a la vista de la respuesta del TJUE cuando sostiene que la cláusula 5.1a) de la Directiva se opone a que una norma nacional, como el art.9 EM sea aplicado de manera que no existe ninguna obligación de crear puestos estructurales que pongan fin al nombramiento del personal estatutario temporal eventual que incumba a la Administración competente y le permite proveer los puestos estructurales creados mediante el nombramiento de personal estatutario temporal interino, de modo que la situación de precariedad de los trabajadores perdura, mientras que el Estado miembro de que se trata tiene un déficit estructural de puestos fijos en dicho sector.
Quizás en el contexto de esta respuesta puedan explorarse fórmulas como la **impugnación de las ofertas de empleo público** (art.70 EBEP) cuando **las mismas no cubren el déficit estructural de puestos que está siendo cubierto por personal interino**. Sin embargo, dicha impugnación, que habría de articularse por la vía de la impugnación directa del Real Decreto correspondiente por parte legítima (art.26.1 LJCA ) o bien de oficio a través de la cuestión de ilegalidad (art.123 y 27 LJCA).
Con todo, esa vía tiene innegables dificultades desde el momento en que las Leyes de presupuestos establezcan las tasas de reposición de efectivos (vid. para el año 2016: art.20 de la Ley 48/2015 de 29 de octubre)

**¿Pueden reclamar mientras ello no ocurra el abono de los trienios que devenguen?**
La respuesta ha de ser afirmativa, en tanto que en este sentido ya se ha pronunciado en numerosas ocasiones el TJUE[56].

**¿Tienen acción los estatutarios eventuales en fraude de ley para reclamar su condición de indefinidos no fijos?** En el orden contencioso-administrativo, la respuesta del Juzgado de lo contencioso núm.4 de Madrid descarta ese "nomen iuris" de "indefinido no fijo" acuñado por la doctrina social; sin embargo **acepta que los nombramientos de personal eventual para cubrir puestos de naturaleza permanente se realizaron en fraude de ley , declarando nulo el cese, ordenando la reposición en su puesto de trabajo con la condición de "interinos"**, "pues de esta forma el profesional que cubre un determinado puesto vacante que existe de hecho, permanece en esa situación indefinida hasta que el puesto se cubra con carácter fijo a través e los procedimientos de concurrencia competitivo o cuando la plaza resulte amortizada (art.9.2 Estatuto Marco)

**¿Cuál será indemnización correspondiente al cese del personal eventual o interino estatutario de 12 días/año o de 20 días año?**
Entendemos que, conforme a la Doctrina De Diego Porras habría de ser de 20 días por año, cuando ese cese se produzca regularmente. En efecto en el apartado 67 de la sentencia del Caso Pérez López, el TJUE parece abrir esa puerta, con expresa remisión a la Doctrina De Diego Porras:
"*Esta diferencia de trato sólo podría estar incluida en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación establecido en la cláusula 4 del Acuerdo marco) en el* ***supuesto en que el juzgado remitente debiera declarar que trabajadores con una relación de servicio por tiempo indefinido y que realizan un trabajo comparable perciben una indemnización por extinción de la relación, mientras que esta***

[56] SSTJUE 9 julio 2015. ; 13 de septiembre de 2007, Del Cerro Alonso, C-307/05, EU:C:2007:509, apartado 47, y de 22 de diciembre de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09, EU:C:2010:819, apartados 50 a 58); TJUE (Sala Tercera), sentencia de 9 julio 2015.

***indemnización se deniega al personal estatutario temporal eventual*** *(véase, en este sentido, la sentencia de hoy, De Diego Porras, apartados 37 y 38)."*

## *III.- COMENTARIO DE LA STJUE 14/09/16. CASOS MARTÍNEZ ANDRÉS CONTRA SERVAS Y CASTREJANA CONTRA AYUNTAMIENTO DE VITORIA*

## V.1.- MARCO NORMATIVO DE LA CONTROVERSIA

### Normativa comunitaria

**Cláusula 5 del Acuerdo Marco**, celebrado el 18 de marzo de 1999 (en lo sucesivo, «Acuerdo marco»), que figura en el anexo de la **Directiva 1999/70/CE**

**Medidas destinadas a evitar la utilización abusiva** :

1. A efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, **introducirán de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, 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.
2. Los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, cuando resulte sea necesario, determinarán **en qué condiciones** los contratos de trabajo o relaciones laborales **de duración determinada**:
a) se considerarán **"sucesivos"**;
b) se considerarán **celebrados por tiempo indefinido.**

### Normativa española

**Ley 55/2003 de 16 de diciembre; por la que se aprueba el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud**.

**Artículo 8. Personal estatutario fijo**
Es personal estatutario fijo el que, una vez superado el correspondiente proceso selectivo, obtiene un nombramiento para el desempeño con carácter permanente de las funciones que de tal nombramiento se deriven.

**Artículo 9. Personal estatutario temporal**
1. Por **razones de necesidad**, de **urgencia o** para el desarrollo de **programas de carácter temporal**, **coyuntural** o **extraordinario,** los servicios de salud podrán nombrar **personal estatutario temporal.**
Los nombramientos de personal estatutario temporal podrán ser **de interinidad**, de **carácter eventual** o **de sustitución.**
2. El nombramiento de **carácter interino** se expedirá para el desempeño de una **plaza vacante** de los centros o servicios de salud, cuando **sea necesario atender las correspondientes funciones**.
Se acordará el **cese** del personal estatutario interino cuando **se incorpore personal fijo**, por el procedimiento legal o reglamentariamente establecido, a la plaza que desempeñe, así como cuando **dicha plaza resulte amortizada.**
3. El nombramiento de **carácter eventual** se expedirá en los siguientes supuestos:
a) Cuando se trate de la prestación de **servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria**.
b) Cuando sea necesario para **garantizar el funcionamiento permanente** y **continuado de los centros sanitarios**.
c) Para la prestación de **servicios complementarios de una reducción de jornada ordinaria**.

Se acordará el **cese del personal estatutario eventual** cuando se produzca la **ca**usa o venza el plazo que expresamente se determine en su nombramiento, así como cuando se supriman las funciones que en su día lo motivaron.
Si se realizaran más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un período acumulado de 12 o más meses en un período de dos años, procederá el estudio de las causas que lo motivaron, para valorar, en su caso, si procede la creación de una plaza estructural en la plantilla del centro.

4. El **nombramiento de sustitución** se expedirá cuando **resulte necesario atender las funciones de personal fijo o temporal**, durante **los períodos de vacaciones, permisos y demás ausencias de carácter temporal** que comporten **la reserva de la plaza**.
Se acordará el cese del personal estatutario sustituto cuando se reincorpore la persona a la que sustituya, así como cuando ésta pierda su derecho a la reincorporación a la misma plaza o función.

5. **Al personal estatutario temporal le será aplicable, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general del personal estatutario fijo.**

**El artículo 89 de la Ley 7/1985**, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local que incluye la definición de los diferentes tipos de personal al servicio de las Entidades locales, tiene el siguiente tenor:
«El personal al servicio de las Entidades locales estará integrado por funcionarios de carrera, contratados en régimen de derecho laboral y personal eventual que desempeña puestos de confianza o asesoramiento especial.»

## V. 2.- SUPUESTO DE HECHO

**En este supuesto se resuelven dos casos acumulados, uno (Martínez Andrés) correspondiente a personal estatutario temporal eventual y otro (Castrejana López) a personal laboral que después es nombrado funcionario interino.**

**Caso Martínez Andrés (C-184/15):** El 2 de febrero de 2010, la Sra. Martínez Andrés fue nombrada **personal estatutario temporal eventual** en la categoría de auxiliar administrativo para prestar servicios de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria. Este nombramiento fue objeto de trece prórrogas, ninguna de las cuales incluía una motivación específica, salvo una genérica mención a «necesidades de servicio». El 1 de octubre de 2012 se cesó a la Sra. Martínez Andrés.
Su **contratación temporal sucesiva se considera abusiva** porque a falta de indicación expresa de los servicios que se suponía que las diferentes prórrogas estaban llamadas a prestar, el TSJ País Vasco afirma que se halla en la imposibilidad de comprobar si las prórrogas se utilizaron realmente para satisfacer necesidades temporales o permanentes de la Administración.

**Caso Castrejana López (C-197/15)** desde 1993 mantuvo **diversos contratos laborales** de **duración determinada para la ejecución de un determinado convenio** como Arquitecto del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz- El 22 de enero de 1998, el Concejal-Delegado del Área de Función Pública modificó la condición jurídica del Sr. Castrejana López, **nombrándole funcionario interino** para la ejecución del mismo convenio

Su contrtación se considera abusiva porque fue objeto de un nombramiento temporal, que tuvo por objeto ejecutar un proyecto de ordenación urbana, que se extendió durante un largo período de tiempo, desde 1995 a 2012, y, por otro, porque la relación de servicio se extendió incluso más allá de la finalización de dicho proyecto.

La situación del Sr. Castrejana López es especialmente llamativa, dado que, **si se hubiera mantenido su relación laboral inicial con el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, habría disfrutado de las disposiciones protectoras relativas a la extinción de una relación laboral, derecho que no obstante le ha sido denegado, tanto por la normativa nacional como por la jurisprudencia relativa a esta normativa, debido a su condición de funcionario interino.**

**Cuestiones que se plantean** (la tercera sólo respecto del Caso Castrejana) :
1) La cláusula 5, apartado 1, del [Acuerdo Marco] ¿debe ser interpretada en el sentido de que **se opone a una legislación nacional que, en los supuestos de abusos como consecuencia de la utilización de contratos de trabajo de duración determinada**, no **reconoce con carácter general**, en el caso **del personal estatutario temporal eventual** [(asunto C-184/15) y los **funcionarios interinos** (asunto C-197/15)] y **a diferencia** de lo que ocurre en idéntica **situación para los contratados laborales** por la Administración, el **derecho al mantenimiento del vínculo como indefinidos no fijos**, es decir, con derecho a ocupar la plaza desempeñada temporalmente hasta su cobertura en forma reglamentaría o su amortización por los procedimientos legalmente establecidos?
2) En el caso de responderse negativamente la cuestión anterior, **¿el principio de equivalencia debe ser interpretado en el sentido de que el [j]uez nacional puede considerar que ambas situaciones, la del contratado laboral por tiempo**

**determinado por la Administración y la del personal estatutario temporal eventual [(asunto C-184/15) y la del funcionario interino (asunto C-197/15)], son similares cuando se produce un abuso en la utilización de contratos de trabajo de duración determinada o bien, aparte de la identidad del empleado**r, la identidad o similitud de los servicios prestados y la duración determinada del contrato de trabajo, el [j]uez nacional debe considerar otros elementos al efectuar el juicio de similitud, tales como, por ejemplo, la naturaleza específica de la relación laboral o funcionarial del empleado o la potestad de la Administración para autoorganizarse, que justifican un tratamiento diferenciado de ambas situaciones?

3) (Sólo respecto del caso Castrejana) En el caso de contestarse negativamente las cuestiones anteriores, ¿**el principio de efectividad** debe ser interpretado en el sentido de que **debe debatirse y declararse la sanción procedente en el seno del mismo procedimiento en que se constata la utilización abusiva de contratos de trabajo de duración determinada**, mediante el correspondiente incidente en el que las partes puedan solicitar, alegar y probar lo que consideren oportuno al [efecto], o, por el contrario, es compatible con la remisión al perjudicado, a tal fin, a un nuevo procedimiento administrativo y, en su caso, judicial?»

## V.3.- RESPUESTA DEL TJUE

1) **La cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo mar**co(...), debe interpretarse en el sentido de que **se opone a que una norma nacional**, como la controvertida en el litigio principal, **sea aplicada por los tribunales del Estado miembro** de que se trate de tal modo que, en el **supuesto de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada**, se co**ncede** a las personas que han celebrado un contrato de trabajo con la Administración un **derecho al mantenimiento de la relación laboral**, **mientras que**, con carácter general, **no se reconoce este derecho al personal** que **presta servicios para dicha Administración en régimen de Derecho administrativo**, **a menos que exista una medida eficaz** en el **ordenamiento jurídico nacional** para **sancionar los abusos cometidos** respecto de dicho **personal,** lo que incumbe al juez nacional comprobar.

2) Lo dispuesto en el Acuerdo marco (...) en relación con el principio de efectividad, debe interpretarse en el sentido de que **se opone a normas procesales nacionales** que **obligan al trabajador con contrato de duración determinada** a ejercitar **una nueva acción** para que **se determine la sanción apropiada** cuando **una autoridad judicial ha declarado la existencia de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada**, en la medida en que **de ellas se derivan para dicho trabajador inconvenientes procesales** en forma, en particular, **de costes, de duración y de normativa de representación procesal**, que **pueden hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que le confiere el ordenamiento jurídico de la Unión.**

## V.4.- COMENTARIO

**1) La equiparación de laborales a estatutarios temporales eventuales y funcionarios interinos en la protección frente al uso abusivo de la contratación temporal ante ausencia de sanciones comparables en derecho administrativo a la doctrinal laboral del indefinido- no fijo acuñada por la Sala IV del TS.**

Sin lugar a dudas constituye ésta **la mayor novedad** del caso Martínez y Castrejana.

El TJUE establece la **comparabilidad entre personal laboral fijo personal estatutario, así como interinos funcionarios,** partiendo de la circunstancia que los laborales contratados fraudulentamente por la Administración tienen **derecho al mantenimiento de la relación laboral como indefinidos-no fijos**, **mientras que**, con carácter general, **no se reconoce este derecho al personal** que **presta servicios para dicha Administración en régimen de Derecho administrativo**, sin que conste que existe **una medida eficaz** en el **ordenamiento jurídico nacional** para **sancionar los abusos cometidos** respecto de dicho **personal**

Sin perjuicio de tan importante conclusión, el TJUE no deja de recordar su doctrina, según la cuál la cláusula 5 del Acuerdo marco no se opone, como tal, a que la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada **corra suertes diferentes en un Estado miembro según estos contratos o relaciones hayan sido celebrados con un empleador del sector privado o del sector público** [57]
Sin embargo, sí se opone a que exista -como el caso de los interinos funcionarios y de los estatutarios temporales eventuales- **una total desprotección frente al encadenamiento fraudulento de nombramientos.**

Por tanto, mientras no se modifique el EBEP y la Ley 55/03, la consecuencia es que los funcionarios interinos y los estatutarios temporales eventuales, sujetos a una sucesión fraudulenta de contratos, habrán de ser considerados indefinidos-no fijos, con idénticas garantías que el personal laboral a fin de sancionar de forma eficaz la utilización abusiva de los nombramientos temporales. En algunas resoluciones, como la del Juzgado de lo contencioso núm.4 de Madrid, que resuelve el caso Pérez López, se opta por una denominación más acorde con la nomenclatura propia de la función pública y se les denomina interinos.

El **régimen de los indefinidos no fijos**, de cuño jurisprudencial, se resume en la reciente STS 5 julio 2016 RCUD 84/2015:

La construcción de los trabajadores indefinidos no fijos obedece a la necesidad de brindar una solución a la aparente contradicción que sendos bloques normativos propician cuando se examinan las consecuencias de que un empleador de naturaleza pública haya incumplido las reglas sobre contratación temporal: mientras que las previsiones del Derecho del Trabajo tienden hacia la fijeza de la relación laboral ( art. 15.3 ET y concordantes), desde la perspectiva del Derecho del Empleo público se insta a mantener la relación con las características (temporalidad) que gobernaron su acceso en régimen de publicidad y mérito ( arts. 1.3.b EBEP y concordantes). Y lo cierto es que, con mayor o menor decisión, la jurisprudencia ha venido entendiendo que estamos ante contratos laborales con régimen muy próximo al de la interinidad por vacante.

**La doctrina tradicional de esta Sala ha sido que los contratos de interinidad por vacante y los del personal indefinido no fijo al servicio de la Administraciones Públicas se extinguían al cubrirse la plaza ocupada por el trabajador, como resultado del proceso ordinario de cobertura o al amortizarse la plaza vacante ocupada** ( SSTS 8 de junio de 2011 (R. 3409/2010 ), 22 de julio de 2013 (R. 1380/2012 ), 23 de octubre de 2013 (R. 408/2003 ), 13 de enero de 2014 (R. 430/2013 ) y de 25 de noviembre de 2013 (R. 771/2013 ) entre otras que en ellas se mencionan).

En ellas se recuerda que la relación laboral «indefinida no fija» -de creación jurisprudencial- queda sometida a una condición resolutoria [provisión de la vacante por los procedimiento legales de cobertura], cuyo cumplimiento extingue el contrato por la mera denuncia del empleador y sin necesidad de acudir al procedimiento contemplado en los arts. 51 y 52 ET ; porque -se argumenta- con la comunicación escrita de los hechos constitutivos de la causa así como de la voluntad de actuación extintiva, cualquiera de las causas de extinción introducidas lícitamente en el contrato y actuadas oportunamente debe producir el efecto extintivo, salvo que la Ley o la negociación colectiva hayan sometido expresamente aquella actuación a algún requisito formal ( STS 27 mayo 2002 (RJ 2002, 9893) -rcud 2591/01 -; 02/06/03 -rcud 3243/02 -; y 26/06/03 -rcud 4183/02 -).

[57] SSTJUE 7 de septiembre de 2006, Marrosu y Sardino, C-53/04, EU:C:2006:517, apartado 48, y de 7 de septiembre de 2006, Vassallo, C-180/04, EU:C:2006:518, apartado 33).

Estas consideraciones son aplicables a los contratos «indefinidos no fijos», pues -como ya se ha dicho- se trata de contratos también sometidos a la condición resolutoria de la provisión reglamentaria de la plaza y -por lo tanto- cuando por amortización no puede realizarse tal provisión, el contrato se extingue ex arts. 49.1.b) ET y 1117 CC

En tal sentido la, ya citada, STS 27 mayo 2002 (rec. 2591/01 ) manifestaba que "no puede producir preocupación jurídica equiparar la extinción de estos contratos con la de los interinos por vacante, porque la justificación de la existencia de unos y de otros responde a una misma causa y necesidad. Donde se sitúa la diferenciación de tratamiento legal entre el interino por vacante y el indefinido temporal es durante la vigencia y desarrollo del contrato....".

Entre otras, las SSTS 8 julio 2014 (rec. 2693/2013 ), 17 septiembre 2014 (rec. 2069/2013 ), 11 febrero 2015 (rec. 840/2014 ), 9 marzo 2015 (rec. 1747/2015 ) o 22 octubre 2015 (rec. 3054/2014 ) han abordado las peculiaridades de la extinción del contrato de los indefinidos no fijos. Su doctrina es la siguente:

El artículo 49.1.b) ET permite que el contrato de trabajo incorpore "causas" que actúen al modo de las condiciones resolutorias, pero ello no significa que toda la construcción civilista sobre esa figura sea directamente trasladable al ámbito laboral, sino que deben realizarse muy serias adaptaciones. Por cuanto aquí interesa, ha de resaltarse la imposibilidad de reconducir a esta categoría de extinciones los hechos que posean un encaje más claro en otras aperturas del artículo 49.1 ET . Ejemplificativamente, no valdría la previsión extintiva para el caso de que la empresa sufriera pérdidas importantes, o la anudada a la desaparición de la persona jurídica empleadora, o la referida a la ineptitud del trabajador; en todos esos casos, y otros muchos, prevalece una tipicidad prioritaria, de modo que los acontecimientos de la realidad han de subsumirse en el apartado legal en que poseen un encaje más pertinente.

Acogiendo esa lógica, aunque sin explicitar la precedente reflexión, en la STS de 3 febrero 2010 (rec. 1715/2009 ) ya consideramos nula la condición resolutoria pactada en un contrato de trabajo indefinido, que vincula su subsistencia a la duración de la elaboración de cada producto encargado por las empresas clientes, pues con ella la empresa pretende eludir, en fraude de ley, el tratamiento indemnizatorio más favorable para el trabajador previsto en los arts. 52 y 53 ET . Además, el art. 49.1.b ET exige examinar si la condición resolutoria pactada resulta o no abusiva, pues el principio de la autonomía de la voluntad cede necesariamente en estos casos. Y se reputa cláusula abusiva aquella que se apoya en una circunstancia sobre cuya concurrencia no puede ejercer ninguna influencia la conducta del trabajador y sí, en cambio, la de la empresa.

Tales consideraciones son, mutatis mutandis, trasladables a casos como el ahora resuelto y deben impedir que una causa autónoma de extinción se reconduzca de modo impropio a otra diversa, máxime cuando ello contribuye a socavar el principio de estabilidad en el empleo (indirectamente acogido por el art. 35.1 CE y a minorar los derechos de los trabajadores afectados.

En suma: si **un contrato de trabajo (fijo, temporal, indefinido no fijo) ve cercenada su continuidad porque la empresa pone en juego causas de tipo organizativo, técnico o productivo, tanto razones de estricta Dogmática contractual** (el papel que el artículo 49.1.b ET puede desempeñar) **cuanto el tenor de las actuales normas** ( DA 20ª ET (RCL 1995, 997) ; preceptos concordantes del RD 1483/2012 ) y nuestra más reciente doctrina ( STS 24 junio 2014 ) **conducen a la misma conclusión. La decisión patronal de amortizar el puesto de trabajo desempeñado por el trabajador, operando para ello sobre la correspondiente RPT, ha de canalizarse a través de los preceptos sobre despido por causas objetivas o, en su caso, colectivo.**

**No hay que olvidar la STS 24 junio 2014 (RJ 2014, 4380) (rec. 217/2013 ),** del Pleno dio un giro doctrinal en la extinción de los contratos indefinidos no fijos al considerar que la simple amortización de una plaza vacante, ocupada por un trabajador indefinido no fijo o por uno con contrato de interinidad por vacante, no conlleva la extinción de los contratos sin necesidad de acudir al procedimiento previsto en los artículos 51 y 52-c) ET . Ello, incluso, cuando se haya aprobado una nueva R.P.T., supuesto en el que, sin perjuicio del valor probatorio que la nueva R.P.T. tenga para acreditar la concurrencia de las causas económicas, organizativas y demás que puedan justificar la extinción, deberán seguirse los procedimientos de extinción previstos en esos preceptos.

**2) Normas procesales contrarias al principio de efectividad porque obligan al trabajador con contrato de duración determinada a ejercitar una nueva acción para que se determine la sanción apropiada cuando una autoridad judicial ha declarado la existencia de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada**, en la medida en que de ellas se derivan para dicho trabajador inconvenientes procesales en forma, en particular, de costes, de duración y de normativa de representación procesal, que pueden hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que le confiere el ordenamiento jurídico de la Unión.

## V.5.- CONCLUSIONES: TRASCENDENCIA PRÁCTICA DE LA DOCTRINA MARTÍNEZ ANDRÉS Y CASTRESANA

Tres son las conclusiones que podemos alcanzar de la doctrina del TJUE en esta importante sentencia:

**- El Personal estatutario temporal eventual y los funcionarios interinos tienen derecho al mantenimiento de su relación de servicio, como sanción a la sucesión fraudulenta de nombramientos, de igual forma que se reconoce a los trabajadores indefinidos no fijos**.

- En el Caso Pérez López, ya hemos dicho que el TJUE deja abierta la puerta para que el personal **el personal estatutario temporal eventual de un servicio público de salud reclame la indemnización de 20 días por año que le corresponde a los contratados laborales indefinidos en situación comparable, con expresa remisión al Caso De Diego Porras**

-La normativa procesal administrativa es contraria al **principio de efectividad desde el mismo momento en que obliga al estatutario o funcionario interino a ejercitar una nueva acción para que se determine la sanción apropiada cuando una autoridad judicial ha declarado la existencia de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada**-.

## *VI.- PROCEDIMIENTOS JUDICIALES DERIVADOS DE LA EXTINCIÓN DE CONTRATOS TEMPORALES DE CARÁCTER LABORAL Y DE RELACIONES FUNCIONARIALES O ESTATUTARIAS.*

## VI.1.- Cuestiones relativas a trabajadores

En este apartado examinaremos las **opciones procesales existentes para reclamar las indemnizaciones correspondientes a los ceses de trabajadores de duración determinada** que pertenecen al sector privado, de conformidad con la Doctrina De Diego Porras.

Para ello, abordaremos desde la propia doctrina del TJUE, las implicaciones prácticas que hayan de darse al principio de efectividad. Acto seguido, trataremos, sobre el procedimiento ordinario, el de despido, el de tutela de derechos fundamentales y el de conflicto colectivo, como los llamados a encauzar las pretensiones que puedan derivarse de la Doctrina De Diego Porras.

### *VI.1.1.- Principio de efectividad y sus implicaciones procesales*

Antes de entrar en el análisis de las diversas opciones, conviene recordar que **sea cual fuere el proceso encaminado a sustanciar las reclamaciones basadas en la prohibición de discriminación de la Cláusula 4** de la Directiva, el mismo ha de ajustarse al **principio de efectividad**, según el cual dichos cauces procesales no pueden hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión[58]

Veremos ahora brevemente la doctrina del principio de efectividad y su aplicación por el TJUE para luego sacar alguna conclusión respecto del ordenamiento español.

**Para ello, analizaremos los criterios generales sobre la efectividad, manejados por el TJUE.**

En la STJCE 14 de diciembre de 1995**, Caso Peterbroeck,** C-312/93, F.12[59] el TJCE considera que a falta de normas adoptadas en este ámbito en el Derecho de la Unión**, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las modalidades procesales de los recursos destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho de la Unión** concede a los justiciables, a condición, sin embargo, de que no sean menos favorables que las aplicables a recursos similares de carácter interno (principio de equivalencia) y de **que no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad)**

Aunque las modalidades de aplicación de tales normas deben ser determinadas por el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros, en virtud del **principio de autonomía de procedimiento** de éstos, tales modalidades no deben ser, sin embargo, menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno

[58] STJUE 4 de julio de 2006 , Adeneler y otros, C-212/04, EU:C:2006:443, apartado 95; de 7 de septiembre de 2006 , Vassallo, C-180/04, EU:C:2006:518, apartado 37, y de 3 de julio de 2014 , Fiamingo y otros, C-362/13, C-363/13 y C-407/13, EU:C:2014:2044, apartado 63, y auto de 11 de diciembre de 2014, León Medialdea, C-86/14, no publicado, EU:C:2014:2447, apartado 45).

[59] Con cita de las SSTJCE 16 de diciembre de 1976, Rewe, 33/76, Rec. p. 1989, apartado 5, y Comet, 45/76, Rec. p. 2043, apartados 12 a 16; de 27 de febrero de 1980, Just, 68/79, Rec. p. 501, apartado 25; de 9 de noviembre de 1983, San Giorgio, 199/82, Rec. p. 3595, apartado 14; de 25 de febrero de 1988, Bianco y Girard, asuntos acumulados 331/85, 376/85 y 378/85, Rec. p. 1099, apartado 12; de 24 de marzo de 1988, Comisión/Italia, 104/86, Rec. p. 1799, apartado 7; de 14 de julio de 1988, Jeunehomme y otros, asuntos acumulados 123/87 y 330/87, Rec. p. 4517, apartado 17; de 9 de junio de 1992, Comisión/España, C-96/91, Rec. p. I- 3789, apartado 12, y de 19 de noviembre de 1991, Francovich y otros, asuntos acu mulados C-6/90 y C-9/90, Rec. p. 1-5357, apartado 43)

(**principio de equivalencia**) ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (**principio de efectividad)**[60]

En el ATJUE 11 de diciembre de 2014, **Caso León Medialdea** c. Ayuntamiento de Huétor Vega, C-86/14, no publicado, EU:C:2014:2447, apartado 45, el TJUE examina la **normativa nacional y la doctrina de los indefinidos no fijos**, y si la misma supone una **sanción acorde con el principio de efectividad**, toda vez que **la declaración de indefinido no fijo permitía el cese del trabajador sin sujeción a indemnización.**

El TJUE concluye que el **Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional**, como la controvertida en el litigio principal, **que no incluye ninguna medida efectiva para sancionar los abusos,** en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, de dicho Acuerdo marco, **resultantes del uso de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sector público**, dado que en el ordenamiento jurídico interno no existe ninguna medida efectiva para sancionar tales abusos.

Una cuestión que no puede perderse de vista es la **atribución competencial a los órganos jurisdiccionales nacionales para determinar** si las sanciones y los procesos para hacerlas efectivas responden o no **al principio de efectividad.**

En efecto, (caso León Medialdea, f. 53-55) el Derecho de la Unión impone al juzgado remitente velar por que las sanciones aplicadas por el Derecho nacional tengan carácter suficientemente efectivo y disuasorio para garantizar la plena eficacia de las medidas preventivas previstas por dicho Derecho con arreglo a la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco.

Por consiguiente, como ha declarado el Tribunal de Justicia en numerosas ocasiones, **incumbe al órgano jurisdiccional remitente, único competente para pronunciarse sobre la interpretación del Derecho interno, apreciar en qué medida las condiciones de aplicación y la ejecución efectiva de las disposiciones pertinentes de ese Derecho interno constituyen una medida adecuada para sancionar el uso abusivo por parte de la Administración pública de sucesivos contratos** o relaciones laborales de duración determinada[61]

Dicho esto, **el principio de interpretación conforme** exige que los órganos jurisdiccionales nacionales, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por éste, hagan todo lo que sea de su competencia a fin de garantizar la plena efectividad de la directiva de que se trate y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta (sentencia Angelidaki y otros, EU:C:2009:250, apartado 200; auto Koukou, EU:C:2009:269, apartado 110, y sentencia Deutsche Lufthansa, C-109/09, EU:C:2011:129, apartado 55)

---

[60] STJUE 4 de julio de 2006 , **Caso Adeneler** y otros, C-212/04, EU:C:2006:443, apartado 95; y STJUE 7 de septiembre de 2006 , **Caso Vassallo**, C-180/04, EU:C:2006:518, apartado 37, STJUE 3 de julio de 2014 , **Caso Fiamingo** y otros, C-362/13, C-363/13 y C-407/13, EU:C:2014:2044, apartado 63

[61] (vid. Casos Marrosu y Sardino, EU:C:2006:517, apartado 56; Vassallo, EU:C:2006:518, apartado 41, y Angelidaki y otros, EU:C:2009:250, apartados 164 y 188, y los autos Vassilakis y otros, EU:C:2008:346, apartado 135; Koukou, EU:C:2009:269, apartados 69, 77 y 90; Lagoudakis y otros, C-162/08 a C-164/08, EU:C:2008:780, apartado 11, y Affatato, C-3/10, EU:C:2010:574, apartado 50).

**Aplicación de la doctrina del principio de efectividad por la doctrina española**
**Orden contencioso:**
Precisamente a la doctrina del TJUE **en el caso Martínez Andrés** (Asuntos C-184/15 y C-197/15 ) **impone una reflexión sobre el tema procesal** (f. 55-64). En este sentido, partiendo de que corresponde al ordenamiento procesal español configurar los recursos destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que reconoce la Directiva, las **modalidades de aplicación de las normas deben ser conformes a los principios de equivalencia y efectividad**. En este sentido la inobservancia de la equivalencia y efectividad en el ámbito procesal puede suponer una infracción de la Directiva.

Tanto es así que, en **el proceso contencioso español,** resulta que el tribunal nacional que conoce el litigio relativo a la utilización abusiva de sucesivos nombramientos de duración determinada no puede pronunciarse sobre una posible solicitud de reparación del daño sufrido por el empleado, circunstancia ésta que considera el TJUE que se opone al principio de efectividad. Caso Martínez Andrés (f.63**)**

**Orden Social**
En el **ámbito del proceso laboral**, sin embargo, la adaptación procesal a la exigencia del **principio de efectividad** fue hecha por el TS, entre otras en la STS 6 octubre 2015 (RCUD 2592/14), que toma por soporte para **conceder una indemnización por extinción en un proceso por despido** el Auto TJUE de 11 de diciembre de 2.014, dictado en el asunto C-86/14 , Caso Léon Medialdea c. Ayuntamiento de Huétor Vega, en el que se da respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de los Social número 1 de los de Granada sobre el alcance de la Directiva 1999/70/CE y en relación con el **cese sin indemnización alguna por cobertura reglamentaria de la plaza de una empleada del referido Ayuntamiento.**

En este caso, el TS concluye que "Desde la perspectiva que proporciona esa doctrina aparecen plenamente ajustada a la misma la sentencia de 31 de marzo de 2.015 (RJ 2015, 1687) (recurso 2156/2014 ), aclarada por auto de 14 de mayo de 2.015 , de **conceder al demandante** -indefinido no fijo que cesó por cobertura reglamentaria de la vacante- en aquél caso **una indemnización de ocho días por cada año de servicio prevista en el artículo 49.1 c) ET**"

Conviene recordar que en el Caso de León Medialdea c. Ayuntamiento de Huétor Vega, se planteó la cuestión de si , **el Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional** según la cual, **en el supuesto de abusos**, en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco, **resultantes de la utilización de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada** en el **sector público**, una **relación laboral de duración determinada se convierte en una relación laboral por tiempo indefinido no fijo**, ya que **esta última relación puede extinguirse por decisión unilateral del empleador de proveer o amortizar la plaza del trabajador de que se trata, sin abonarle indemnización alguna**, dado que no existe ninguna otra medida efectiva en el ordenamiento jurídico interno para sancionar tales abusos. El TJUE respondió que la Directiva se **opone a una normativa nacional, como la española, que no incluye ninguna medida efectiva para sancionar los abusos, en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, de dicho Acuerdo marco, resultantes del uso de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sector público,**

**dado que en el ordenamiento jurídico interno no existe ninguna medida efectiva para sancionar tales abusos.**

**CONCLUSIÓN:** el principio de efectividad y el de interpretación conforme en nuestro ordenamiento interno, suponen que, en principio, **en un proceso de despido se pueda conceder una indemnización por cese cuando se aprecie que éste es conforme a derecho y no ha existido fraude de ley,** pero existe un tratamiento menos favorable en la extinción del trabajador de duración determinada en comparación con el trabajador indefinido. De lo contrario, se estaría obligando al trabajador a iniciar un segundo procedimiento, en contra de lo que ha entendido el TJUE en el caso Martínez Andrés

Así lo ha considerado la doctrina aún incipiente sobre la cuestión, como la STSJ Madrid 5 octubre 2015; Rec 246/2014; la STSJ País Vasco 18 octubre 2016 Rec 1872/16 y la STSJ País Vasco 18 octubre 2016 Rec 1872/16. En todas ellas, **se ha concedido la indemnización por extinción de contratos** sea de interinidad, sea de obra y servicio, de 20 días por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades, prevista en el art.53.1b) ET, **habiéndose sustanciado en procesos de despido** en que se pedía una indemnización por despido improcedente de 33 días por año de servicio del art.53b) ET y en los que se concluye que no hay despido sino válida extinción de la relación laboral de duración determinada por expiración del tiempo convenio o realización de la obra o servicio objeto del contrato. (art.49.1c) ET)

### *VI.1.2.- Procedimiento ordinario de reclamación de cantidad*

El procedimiento de reclamación de cantidad será apto para reclamar la cuantía de los 20 días por año, cuando no se discuta la existencia de despido, pues en tal caso habrán de seguirse los trámites de los arts. 120 y ss LRJS.
La opción entre articular la demanda por vía de despido o por reclamación de cantidad ha de tomarse ponderando diversas circunstancias.
- **si ya existe una sentencia firme de despido que declara su improcedencia o nulidad** no procede la reclamación de cantidad, porque existiría cosa juzgada sobre la acción indemnizatoria derivada de la extinción, que ya habría sido calificada, en su caso, como improcedente o nula (art.222 LEC), amén de que carecería de sentido, pues se habría obtenido una indemnización superior (33 días/año, ex art.56.1 ET)

- **si existe una sentencia firme de despido que declara la válida extinción del contrato temporal (art.49.1c) ET)**: en estos casos la acción de reclamación de cantidad tendrá su utilidad, sin que pueda aducirse cosa juzgada, puesto que, presumiblemente, la sentencia anterior habrá declarado la válida extinción de la relación laboral, sin derecho a indemnización, en el caso de contratos de interinidad; o con derecho a una indemnización de 12 días por año de servicio, en el caso de los contratos de obra y servicio y eventuales (art.49.1c) ET).

En estos casos habrá de entenderse que **es útil la reclamación de cantidad** -en el caso de interinos- por la totalidad de la indemnización de 20 días (art.53.1b)ET); sea -en el caso de obra y servicio y eventuales- por la diferencia entre los 12 recibidos y los 20

Sin embargo, puede sostenerse que **si se ha percibido ya una indemnización por esta razón en sentencia firme** -ej. 12 días por año en caso de contrato de obra y servicio-

**habrá cosa juzgada**, sin que pueda reclamarse de nuevo por la diferencia hasta los 20 días, por la misma causa de pedir, es decir a título de compensación por el trabajo perdido.

En tal caso, existiría una vía para evitar la excepción de cosa juzgada, que sería **reclamar la diferencia por la vía de tutela de derechos fundamentales** como indemnización derivada de la discriminación por razón del vínculo de duración determinada (art.21 CDFUE, art.14 CE y art.177.1 LRJS)

### *VI.1.3.- Procedimiento de despido*

La reclamación de la indemnización de 20 días por año (ex art.49.1 c)ET) derivada de la válida extinción de la relación laboral de duración determinada, puede sustanciarse por la vía de despido (art.120-123 LRJS)

Con carácter previo, no es ocioso recordar que la sentencia del TJUE en el caso De Diego Porras de 14 de septiembre de 2016 y la posterior derivada, STSJ Madrid de 8 de octubre de 2016; así como las SSTJ País Vasco de 18 de octubre de 2016 (Rec.1872/16 y 1690/16), se dictan todas ellas en procesos de despido, por lo que no parece cuestionable que la indemnización por válida extinción pueda debatirse a través de ese cauce procesal.

Partiendo de esa evidencia, veremos **tres razones de peso** para sustentar esta tesis.
Como **primer argumento**, podemos decir que en la instancia, **si tenemos una demanda por despido** por **fraude en la contratación**, conforme **al art.26.3.pfo2 LRJS[62], se puede acumular la acción de reclamación de la liquidación de las cantidades adeudadas hasta el despido del art.49.2 ET**. Entre las cantidades adeudadas, tras De Diego Porras, es obvio que se hallan los 20 días/año en los supuestos de extinción regular de contratos de interinidad no fraudulentos, por lo que sería acumulable. Por lo que **es posible la acumulación subsidiaria de pretensiones: improcedencia de despido y subsidiariamente cantidad por la indemnización no percibida (interinos) o por la diferencia (obra y servicio, eventuales).**
**Abundando en esta vía,** téngase en cuenta que el **art.123 LRJS:**
*"Si la sentencia estimase procedente la decisión del empresario, se declarará extinguido el contrato de trabajo, condenando al empresario, en su caso, a satisfacer al trabajador las diferencias que pudieran existir, tanto entre la indemnización que ya hubiese percibido y la que legalmente le corresponda, como las relativas a los salarios del período de preaviso, en los supuestos en que éste no se hubiera cumplido..".* Este precepto se cita expresamente por la STSJ Madrid 8 octubre 2016, que da cumplimiento a la Doctrina De Diego Porras en el caso concreto.

Como **segundo argumento**, hay que señalar que el problema de **la eficacia horizontal** tiene su correlato procesal en que si la Cláusula 4 del Acuerdo de la Directiva **prohíbe la discriminación** y es, por tanto, una plasmación del art.21 CDFUE**, la consecuencia procesal es que pueda articularse por la vía de tutela de derechos fundamentales** (art.177 y ss). Por tanto, si **la indemnización lo es por discriminación, nada impide conforme al art.184 LRJS en relación con el art.26.2 ET acumular al proceso de**

[62] art.26.3.pfo2 LRJS El trabajador podrá acumular a la acción de despido la reclamación de la liquidación de las cantidades adeudadas hasta esa fecha conforme al apartado 2 del art.49 ET, sin que pro ello se altere el orden de intervención del apartado 1 del art.105 de la LRJS.

**despido dicha pretensión,** si bien con carácter subsidiario a la principal de improcedencia.

Hay que precisar que **no puede**, en este contexto argumental, **aducirse que el despido habría de ser nulo por vulneración de derechos fundamentales** (art.55.5 ET), porque **no se trata de un despido que tenga por móvil alguna causa de discriminación**, sino que **lo que es discriminatorio es la consecuencia legal** derivada del mismo, la indemnización. Por tanto, no nos hallaríamos ante un supuesto de nulidad del despido.

En fin, como **tercer argumento de peso**, **el propio TS,** en los casos de extinciones válidas de contratos de indefinidos no fijos, ha acordado, en procesos seguidos por despido, la indemnización por el cese válido. En efecto, en su SSTS de 14/10/2013 (RJ 2013, 8000) (RCUD 68/2013 ) STS 11 febrero 2014. RJ 2014\913; 6 octubre 2015, rec. 2592/14, y un largo etcétera considera que el personal indefinido no fijo tiene derecho por imperativo legal, en aplicación analógica del artículo 49.1,c) del ET, el derecho a la indemnización allí prevista en los casos en que, demandado por despido, se concluye que la extinción ha sido ajustada a derecho .

Así, tras convalidar la justeza de la extinción del contrato en el seno de una Administración Pública, argumenta el TS que: *"…el reconocimiento al demandante del derecho a la indemnización…es una consecuencia legal inherente a la desestimación de las pretensiones de nulidad o de improcedencia…";* ya que: *"…La pretensión rectora del proceso combatía la decisión extintiva y entendía que debía dar lugar a las consecuencias indemnizatorias resultantes de una declaración de ilegalidad de la misma. Por ello, no puede negarse que se pretendía obtener todo aquello que la ley apareja a la correspondiente extinción contractual…"*; en consecuencia: *"…declarada la procedencia de la decisión extintiva empresarial, el trabajador demandante tiene derecho a recibir a cargo del Ayuntamiento demandado una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar la que establece el art. 49.1 c) ET…"*

Estas argumentaciones se pueden observar en las SSTSJ País Vasco de 18 octubre 2016, Rec 1872/16 y Rec 1690/2016:

*"Otra cuestión que hay que dirimir es hasta que punto puede hablarse de una a**cumulación indebida de acciones, visto lo expuesto en el art. 26.1, de la LRJS**. Y también si es factible que el procedimiento para debatir **esta "nueva" indemnización, ha de ser otro distinto y que coincidiría con el ordinario.***

*La **respuesta ha de ser negativa** y a tal efecto hemos de remitirnos como ejemplo jurisprudencial al contenido de las sentencias del TS tantas veces referidas de 14-10-2013 y 6-10-2015; al igual que a lo reiteradamente argumentado. Siendo el único elemento diferencial la cuantía de la indemnización a reconocer, 8 días en el primero de los casos, 20 en el actualmente en curso. Es pues admisible la acumulación y aunque incluso pudiera calificarse de impropia.*

*Pero es que existe otro matiz que no hay que olvidar, cual es que tal como establece la resolución del TJUE de 14-9-2016, **el origen de la indemnización por la extinción contractual allí apuntada, es la existencia de una diferencia de trato sin justificación en la normativa española y por ende se reconoce que se produce discriminación entre trabajadores de duración determinada y los a su vez considerados como fijos**. Es decir, podemos decir que el Tribunal asume la **vulneración de un derecho fundamental** también incorporado a nuestro derecho interno en el art. 14, de la Constitución-; y calificable como principio general de la UE, sometido igualmente a especial protección normativa –art. 21, de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE-; cuestión sobre la que **volveremos en un posterior fundamento de derecho**. **No puede por tanto considerarse ajeno al proceso de despido, un debate de estas características, más teniendo en cuenta el art. 26.2, de la LRJS y la jurisprudencia del TS, ya desde la sentencia de 12-6-2001, rec. 3827/2000 y que ampara dicha acumulabilidad"***

### *VI.1.4.- Procedimiento de tutela de derechos fundamentales*

Una vía alternativa para pedir la indemnización derivada de la extinción de contratos de duración determinada sería la del art.177 y ss LRJS, de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas.

Esta vía será **particularmente útil y ágil cuando no se demande por despido** -ej. por caducidad de la acción- , es decir, cuando se **parta de la validez de la extinción y de la regularidad de la relación laboral temporal.** La preferencia y sumariedad (art.178.1 LRJS), la excepción del requisito de conciliación previa(art.64 LRJS), o, en fin, la habilidad del mes de agosto para su tramitación (art.43.4 LRJS), sin elementos todos que aconsejan la tramitación por este cauce procedimental siempre que, insistimos, no se demande por despido, pues en tal caso la acumulación al proceso de despido es imperativa e inexcusable, conforme al art.184 LRJS

El derecho fundamental que se habrá de aducir como vulnerado es el derecho a no ser discriminado por razón de la naturaleza temporal o de duración determinada del vínculo laboral.

Es cierto que la **discriminación por razón de la naturaleza de duración determinada del vínculo contractua**l no **se reconoce de forma expresa, ni en el art.21 CDFUE, ni en el art.14 CE.** Sin embargo, respecto del primero, no es ocioso recordar que conforme al TJUE la Cláusula 4 del Acuerdo Marco que prohíbe la discriminación de los trabajadores de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que expresa un **principio de Derecho social de la Unión,** que **no puede ser interpretado de manera restrictiva** ( sentencia de 22 de diciembre de 2010 [TJCE 2010, 414] , Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C- 444/09 y C- 456/09, y se considera un derecho fundamental, en su F. 41:

*"Además, habida cuenta de la importancia de **los principios de igualdad de trato y de no discriminación, que forman parte de los principios generales del Derecho de la Unión,** a las disposiciones previstas por la Directiva 1999/70 y el Acuerdo marco a efectos de garantizar que los trabajadores con un contrato de duración determinada disfruten de las mismas ventajas que los trabajadores por tiempo indefinido comparables, salvo **que esté justificado un trato diferenciado por razones objetivas, debe reconocérseles un alcance general, dado que constituyen normas de Derecho social de la Unión de especial importancia de las que debe disfrutar todo trabajador, al ser disposiciones protectoras mínimas** ( sentencia Del Cerro Alonso, antes citada, apartado 27)."*

Por otro lado, desde el prisma del art.14 CE, cabe recordar que el mismo prohíbe toda discriminación por cualquier otra circunstancia personal o social. En este punto el TC ya afirmó tempranamente que el constituyente no impuso un numerus clausus de causas de discriminación (STC 75/1983, de 3 de agosto)

En este sentido, para determinar si un criterio de diferencia no expresamente listado en el art.14 debe entenderse incluido en la cláusula genérica de "cualquier otra condición o circunstancia personal o social", resulta preciso analizar la razonabilidad del criterio, teniendo en cuenta que lo que caracteriza a la prohibición de discriminación , frente al principio genérico de igualdad, es la naturaleza particularmente odiosa del criterio de diferenciación utilizado, que convierte en elemento de segregación, cuando no de persecución, un rasgo o una condición personal innata o una opción elemental que expresa el ejercicio de las libertades más básicas, resultando así un comportamiento radicalmente contrario a la dignidad de la persona (STC 62/08 de 26 de mayo F.5)

Así como **los motivos de discriminación citados expresamente en el art. 14 CE implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecido ya *ex Constitutione*, tal juicio deberá ser realizado inexcusablemente en cada caso en el análisis concreto del alcance discriminatorio de la multiplicidad de condiciones o circunstancias personales o sociales que pueden ser eventualmente tomadas en consideración como factor de diferenciación**, y ello no ya para apreciar la posibilidad de que uno de tales motivos pueda ser utilizado excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica sin afectar a la prohibición de discriminación, como ha admitido el TC en el caso de los expresamente identificados en la Constitución[63] sino para la determinación misma de si la diferenciación considerada debe ser analizada desde la prohibición de discriminación del art. 14 CE, en la medida en que responda a un criterio de intrínseca inadmisibilidad constitucional análoga a la de los allí contemplados, o con la perspectiva del principio genérico de igualdad, principio que, como es sabido, resulta en el ámbito de las relaciones laborales matizado por «la eficacia del principio de la 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, subsiste en el terreno de la relación laboral» ( STC 197/2000, de 24 de julio F. 5). (STC 62/08 de 26 de mayo F.5)

Así por ejemplo, **como factores discriminatorios no listados**, **el TC ha considerado**: la enfermedad (STC 62/08), el estado civil (STC 125/03 y 22/10); la edad (STC 95/81, 111/85), la discapacidad (STC 269/94) o la orientación sexual (STC 41/06)

Pues bien, es obvio que **la temporalidad del vínculo o su duración determinada**, ha de considerarse una **condición social superadora del juicio de irrazonabilidad** para disp**ensar tratos legales menos favorables,** como ha **mantenido el TJUE en De Diego Porras.**
Tal consideración, como es obvio, franquea la puerta al proceso de **tutela de derechos fundamentales del art.177 y ss LRJS, como sugieren** algunas resoluciones (SSTSJ País Vasco de 18 de octubre de 2016 Rec 1690/16 y 1872/16*)*, aunque en estos casos, como pretensión acumulada al proceso de despido:
*"...resolución del TJUE de 14-9-2016, el origen de la indemnización por la extinción contractual allí apuntada, es la existencia de una diferencia de trato sin justificación en la normativa española y por ende se reconoce que se produce discriminación entre trabajadores de duración determinada y los a su vez considerados como fijos. Es decir, podemos decir* ***que el Tribunal asume la vulneración de un derecho fundamental también incorporado a nuestro derecho interno en el art. 14, de la Constitución-; y calificable como principio general de la UE, sometido igualmente a especial protección normativa –art. 21, de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE"***

Para concluir, aún negando que la temporalidad del vínculo pudiera superar el juicio de irrazonabilidad exigido para considerarlo como causa de discriminación no listada del art.14 CE, **desde la óptica del principio de equivalencia**, no sería razonable que en derecho interno se proporcionara un proceso preferente y sumario, como el del art.177 y ss LRJS para tutelar los derechos fundamentales consagrados en la Constitución y no se cuente con un proceso equivalente para tutelar los derechos fundamentales consagrados en el Derecho de la Unión (art.21 CDFUE)

En fin, no hay que olvidar **la ventaja en materia de carga de la prueba** que supone en estos casos la vía de tutela de derechos fundamentales, sea como pretensión única, sea como pretensión acumulada a la acción de despido, puesto que conforme al art.181.2 LRJS y art.96 LRJS, la situación comparable y el trato menos favorable la ha de

[63] En relación con el sexo, entre otras, SSTC 103/1983, de 22 de noviembre , F. 6; 128/1987, de 26 de julio , F. 7; 229/1992, de 14 de diciembre , F. 2; 126/1997, de 3 de julio , F. 8; y en relación con la raza, STC 13/2001, de 29 de , F. 8),

acreditar el actor, mientras que la justificación objetiva y razonable compete al demandado.

### *VI.1.5.- El conflicto colectivo*

La vía del conflicto colectivo suscita algunas cuestiones dignas de mención y análisis.

Primeramente, exigiría determinar los ámbitos del conflicto y que los sujetos legitimados en los mismos interpusieran la correspondiente acción (art.154 LRJS).

En segundo lugar, conforme a la doctrina del TS (SSTS 29 mayo 2009 Rc 107/2008; 17 junio 2002, Rec 1277/01, etc), ha de tratarse de:
a) un conflicto actual
b) con carácter jurídico
c) de índole colectiva: exige identificar el elemento objetivo: afectación a intereses generales que residen en el grupo; así como el subjetivo, de un grupo genérico de trabajadores, que ha de ser un grupo homogéneo definido por caracteres objetivos que lo configuran (SSTS 30 junio 1993, 10 diciembre 1992, 9 mayo 1991, etc,)

Partiendo de tales requisitos, **es posible aventurar la viabilidad y rentabilidad de las acciones de conflicto,** ahí donde **existan grupos numerosos de trabajadores** con **contratos de duración determinada**: ej. los adscritos a contratas mediante obra y servicio; los contratados para atender determinadas circunstancias productivas (campañas de ventas en rebajas, incrementos de pedidos estacionales, etc)
En estos supuestos, **vivos los contratos**, la determinación de las condiciones indemnizatorias de los mismos es un **conflicto real y actual**, en el sentido exigido por la doctrina del TS (STS 14 julio 209 Rec. 75/08, entre otras), pues afecta a una condición de trabajo -indemnización- de las relaciones laborales actuales.

El **conflicto es jurídico**, pues atañe a la interpretación de los arts.49.1c) y 53.1b) ET en relación con el art.15.6 ET y la cláusula 4 del Acuerdo Marco de la Directiva.

El **conflicto es colectivo**; debiéndose identificar un grupo homogéneo de trabajadores : contratos para la contrata X por obra y servicio; eventuales para Campaña de rebajas, etc.

La **utilidad de estas acciones** radicaría, en primer lugar, en efectuar **el juicio de comparación entre el grupo homogéneo de trabajadores** de duración determinada y el obligado parámetro del trabajador indefinido comparable, de forma que **evitaría las dificultades probatorias que tal comparación puede derivar en los supuestos individuales,** que se aprovecharían de la fuerza de cosa juzgada siempre que los demandantes individuales demostraran pertenecer al ámbito del conflicto (art.160.5 LRJS) .

Una segunda cuestión, en absoluto carente de importancia, es el **efecto interruptivo de la prescripción que produce la acción de conflicto colectivo** (art.1605 LRJS), que beneficiaria incluso a las **acciones pendientes de ejercitar** al interponerse la de conflicto.

En este sentido la doctrina del TS es clara al afirmar **la interposición de un conflicto colectivo sirve para interrumpir la prescripción de un proceso no iniciado todavía pero con objeto idéntico.**

Así lo expresan las STS de 20 enero 2009 RJ 2009\1032STS; de 8 julio 2008 RJ 2008\6549 "…SSTS 30-6-1994 ( Rec.-1657/93 [ RJ 1994, 5508] ), 21-7-1994 ( Rec.-3384/93 [ RJ 1994, 6690] ) y 30-9-2004 ( Rec.-4345/03 [ RJ 2004, 7494] ) SSTS 6-7-1999 ( Rec.-4132/98 [ RJ 1999, 5276] ) o 9-10-2000 ( Rec.- 3693/99 [ RJ 2000, 8303] -….., como se decía ya en SSTS de 21-10-1998 ( Recs.-4788/97 [ RJ 1998, 8912] y 1527/98 [ RJ 1998, 8910] ), y se repitió en la STS 6-7-99 (Rec.- 4132/98). Dicha doctrina se resume como sigue:
1) "la tramitación de un **proceso de conflicto colectivo no sólo paraliza el trámite de los individuales ya iniciados sobre el mismo objeto, sino que sirve para interrumpir la prescripción de las acciones pendientes de ejercitar**" [ STS 30-6-1994 ( RJ 1994, 5508) (rec. 1657/93, 21-7-1994 ( RJ 1994, 6690) (rec. 3384/93), 30-9-2004 ( RJ 2004, 7494) (rec. 4345/03);
2) ello es así porque "**si bien entre el conflicto colectivo y los individuales [sobre el mismo objeto] existen claras diferencias tanto subjetivas como objetivas" el hecho de que el sujeto colectivo demandante represente a todos los trabajadores produce el efecto de hacer "desaparecer los fundamentos en que se basa la prescripción**: abandono de la acción por el interesado y exigencia del principio de seguridad jurídica" (STS 30-6-1994 y STS 18-10-2006 , citadas); y
3) en el caso de reclamaciones individuales de cantidad de trabajadores de IBM relativas al salario base de convenio del metal de Valencia "es indiscutible la vinculación entre los conflictos individuales y el conflicto colectivo con idéntico objeto" (STS 18-10-2006 , citada), con la consecuencia de que "**sirve para interrumpir la prescripción de un proceso no iniciado todavía" pues "no sería lógico obligar al trabajador - so pena de incurrir en prescripción - a ejercitar su acción individual una vez instado el proceso colectivo, para luego suspender el proceso incoado a su instancia hasta que la sentencia dictada en proceso colectivo adquiriera el carácter de firme**" [STS 18-10-2006 , citada, que cita a su vez STS 21-10-1998 (dos) (rec. 4788/97 ( RJ 1998, 8912) y 1527/98 ( RJ 1998, 8910) )].

Para terminar, si existe un conjunto de extinciones de contratos que afectan a un grupo genérico y homogéneo de trabajadores (ej. terminación de contrato), no puede descartarse el conflicto colectivo individualizable (art.153.1 y 160.3 LRJS), que luego puede ejecutarse.

### *VI.1.6.- Sobre las extinciones producidas antes de 14/09/2016*

El problema que hay que plantearse en este punto es el de los **casos *sub iudice* a fecha 14/09/16.**

Para ello, hay que partir que los efectos de la **STJUE 14/09/2016 en el caso De Diego Porras** no se producen ***" ex nunc"*, sino que, como sostiene la STSJ País Vasco 18 octubre 2016 Rec 1872/2016, con cita de la STJUE 14/04/2016, Caso Dansk Industri; C-441/14; se producen "*ex tunc"*,** por su naturaleza meramente declarativa, por lo que **se aplican a relaciones nacidas y constituidas antes de la sentencia**.

Conforme a dicha doctrina *:*

*"…el Derecho de la Unión así interpretado debe ser aplicado por el juez incluso a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación, si además se reúnen los requisitos que permiten someter a los tribunales competentes un litigio relativo a la aplicación de ese Derecho…"–TJUE 19-4-2016, C-441/14, parágrafos 40*

En efecto, como bien recuerda la STSJ País Vasco 18 octubre 2016 Rec 1872/2016 la resolución judicial de 14-9-2016, no crea un derecho indemnizatorio "*ex novo*", sino que viene a recordarnos cual es la interpretación auténtica que hemos de dar a la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP, sobre el trabajo de duración determinada (a partir de ahora el Acuerdo Marco para una mejor comprensión).

Partiendo de tal premisa, en los procesos *sub iudice* a fecha 14/09/2016, se suscitan varias cuestiones, la primera de ellas, relativa a la **congruencia:**

**¿puede resolverse una pretensión indemnizatoria como la que deriva de la doctrina de Diego Porras si ello no se ha planteado en demanda?**

La cuestión se agudiza más aún cuando ha recaído sentencia en la única instancia, que no resuelve la cuestión, por no haberse planteado, estando pendiente de resolver un recurso de suplicación.

**Tal cuestión se planteará con frecuencia en los casos de demandas pendientes de despido en que, ni siquiera por la vía subsidiaria se ha planteado la pretensión indemnizatoria para el caso de estimarse ajustada a derecho la extinción.**

Hemos de decir que **ello ha ocurrido en varias de las primeras sentencias que se pronuncian sobre la indemnización derivada de la válida extinción, que no se había planteado, por tratarse de un proceso por despido y**, de añadido, la cuestión surge una vez dictada la sentencia de instancia, en sede de recurso de suplicación. Así, en la STSJ Madrid de 5 de octubre de 2016, Rec 246/2014 (Caso De Diego Porras) y en las STSJ País Vasco 18 octubre 2016 Rec 1872/2016 y STSJ País Vasco de 18 octubre 2016. Rec 1690/2016

Hemos de **distinguir si la cuestión se plantea estando el proceso en instancia o en sede de suplicación.**

**<u>En la instancia</u>**, en el caso de **demandadas anteriores a 14/09/16**, una **primera vía de introducción**, a instancia de parte, es **la de la ampliación de demanda,** puesto que la acumulación de acciones hay que hacerla en demanda. Por lo que confirme al art.85.1 *in fine* puede ampliarse la demanda, sin que pueda entenderse que existe modificación sustancial, pues si se demanda por despido, ya se está pretendiendo una indemnización de 33 días /año, y el art.123 LRJS permite que en los casos de procedencia del despido se condene al empresario a satisfacer al trabajador las diferencias que pudieran existir entre la indemnización que ya hubiese percibido y la que legalmente corresponda

Nada obsta, sin embargo, a que el juzgador plantee ex oficio, oír a las partes sobre el particular, ex **art.85.4 LRJS**, invitando a las partes a que hagan uso de la palabra para ilustrarle sobre su posición respecto a la aplicabilidad al caso de la Doctrina De Diego.

Sin embargo, no faltarán los casos en que a la hora de dictar sentencia tal cuestión no se haya planteado.

**En sede de suplicación,** la cuestión ya se ha planteado, con el agravante de que la ley no prevé un trámite para oír a las partes en estos casos. Por tanto, lo primero a dilucidar es **si hay que dar o no audiencia a las partes**, siendo que **la ley no contempla un trámite tal.**

Sin embargo, que la ley procesal no contemple un trámite (ej. traslado para alegaciones) no excusa que el Juez o Tribunal tenga que habilitarlo cuando esté en juego un derecho fundamental, como podría ser la tutela judicial efectiva o el derecho de defensa (contradicción). El **principio de legalidad procesal (art.1 y 2 LEC) no puede confundirse con el "legalismo" procesal**, que supone someter los derechos fundamentales a la ley. El mayor valor de los derechos fundamentales supone que éstos sean criterio de interpretación de la ley, y no al revés. Por esa razón, el TC (STC 66/85 de 23 de mayo F.2), no solo autoriza, sino que **exige que los órganos judiciales habiliten trámites ahí donde la ley no los contempla**, a efectos **de salvaguardar los derechos a la tutela judicial efectiva y la interdicción de la indefensión** (SSTC 66/89, f. 12; 27/85, 109/85, 155/88, etc

No obstante, en algunos supuestos **se ha optado por resolver en suplicación sin dar audiencia a las partes y de oficio** y -por supuesto- sin haberse planteado la cuestión de la indemnización a lo largo de todo el proceso.

**Así, las STSJ País Vasco 18 octubre 2016 Rec 1872/2016 y STSJ País Vasco de 18 octubre 2016. Rec 1690/2016- esgrimen los siguientes argumentos, que reproducimos a continuación y podemos sintetizar diciendo que**
a) en su día el TS ante el mismo problema resolvió -sin dar audiencia a las partes- conceder indemnización por la válida extinción a indefinidos no fijos por aplicación analógica del art.49.1c) ET , pese a no estar prevista por la ley y no haberlo planteado las partes (SSTS 14-10-2013, rec. 68/2013; 24-6-2014, rec. 217/2013 6-10-2015, rec. 2592/14, etc)
b) la STSJ Madrid de 8 octubre 2016 resuelve también sin dar audiencia a las partes.
c) la acción de despido comprendería, implícitamente la indemnización por cese, aunque esta sea menor y el cese se declare procedente.
d) quien puede lo más, puede lo menos
e) los principios de concentración y celeridad, junto al principio de equivalencia obligan a resolver la cuestión sin reenviar al trabajador a un proceso ulterior.

Veamos dicha argumentación "in extenso":
*Una reflexión previa. Nos planteamos la **posibilidad de realizar un trámite previo de audiencia previa a las partes para que efectuaran a las alegaciones que tuvieran por conveniente**. Sin embargo, decidimos que no era factible desde un punto de vista procesal. En ese orden de cosas, **no está previsto normativamente en el momento** Suplicatorio que nos encontramos, de ahí que tampoco el TS procediera a dar plazo alguno al respecto en las resoluciones que luego mencionaremos. Asimismo, la cuestión planteada es estrictamente jurídica. Su resolución goza de la necesaria congruencia por lo que argumentaremos en párrafos posteriores. De ahí que dicho trámite no es necesario, ni conveniente, ya que además solo podría dar lugar a introducir elementos de confusión.*

*Empezando como es lógico por el tema adjetivo, nuestra reflexión debe ir encaminada a decidir hasta que punto una solución indemnizatoria como la allí contemplada, no* ***altera el principio de congruencia****, en cuanto que ni en la vista oral, como tampoco en la formalización/impugnación del recurso se suscita una cuestión de ese tenor. Es en esta sentencia la primera vez donde se plantea esta alternativa.*

*Pues bien y por las razones que a continuación expondremos, expresando también el criterio de la Sala en pleno no jurisdiccional, estimamos que procesalmente podemos dirimir si le corresponde algún tipo de indemnización complementaria a la ya recibida y en el marco contractual igualmente tratado. Varios son los razonamientos en este sentido:*

*a. El* ***TS no ha estimado que incurre en incongruencia en los pronunciamientos que a continuación desglosamos y a efectos meramente ejemplificadores****. Pese, añadimos nosotros, que algunas de esas resoluciones son de un gran calado jurisprudencial y a nuestro juicio de mucha mayor trascendencia que el debate en curso. Por tanto y ya solo por este argumento, sería suficiente entrar al debate de fondo, y sin perjuicio de lo que luego añadimos y a la par con sustantividad propia. A saber:*

*Una situación muy cercana a la que ahora analizamos, estaría contemplada en la resolución de 14-10-2013, rec. 68/2013; luego seguida por otras muchas. Así, tras convalidar la justeza de la extinción del contrato en el seno de una Administración Pública, argumenta que: "…el reconocimiento al demandante del derecho a la indemnización…es una consecuencia legal inherente a la desestimación de las pretensiones de nulidad o de improcedencia…"; ya que: "…La pretensión rectora del proceso combatía la decisión extintiva y entendía que debía dar lugar a las consecuencias indemnizatorias resultantes de una declaración de ilegalidad de la misma. Por ello, no puede negarse que se pretendía obtener todo aquello que la ley apareja a la correspondiente extinción contractual…"; en consecuencia: "…declarada la procedencia de la decisión extintiva empresarial, el trabajador demandante tiene derecho a recibir a cargo del Ayuntamiento demandado una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar la que establece el art. 49.1 c) ET…". No obsta a lo que ahora defendemos, pues no afecta a la que es ahora nuestra tesis, el que luego esa jurisprudencia fuera modificada respecto a los trabajadores que ven amortizada su plaza, por la posterior sentencia de 24-6-2014, rec. 217/2013. Pero que, igualmente recordemos, se mantiene incólume para aquellos que se ven cesados por la cobertura reglamentaria de la plaza, como se desprende de la resolución de 6-10-2015, rec. 2592/14.*

*La mentada jurisprudencia tiene quizá ejemplos aun más contundentes desde la exclusiva perspectiva que ahora nos ocupa, es decir la teórica incongruencia de nuestra decisión, incluso aunque no afecte a la esfera de la indemnización en el marco de un proceso por despido. Sería el caso contemplado en la sentencia de 7-10-1996, rec. 3307/1995, posteriormente continuada en muchas otras. Recordemos brevemente que en el proceso por despido allí entablado, lo único que se discutía eran las consecuencias de la nulidad del mismo en una Administración Pública, y a su vez tomando como referencia la fijeza igualmente reconocida. Y aunque aparentemente no se altera lo en su momento decidido, al asumir las plenas consecuencias de dicha nulidad, se introduce una declaración en el nuevo fallo y que si destacamos es porque no fue reivindicado por las partes en momento alguno, tan siquiera por la empleadora pese a que le beneficiaba, en el sentido de que: "…con revocación de la sentencia de instancia en el pasaje que declara a los demandantes trabajadores fijos de plantilla, sustituyendo tal declaración por la de que la relación contractual de trabajo que les liga a la Diputación de Valencia es de carácter indefinido, y con mantenimiento de la misma en los demás pronunciamientos…". Criterio por demás ratificado en Sala General el 20-1-1998, rec. 317/1997 y donde el debate inicial cursó en similares términos, con una conclusión contractual idéntica, y aunque ahora fuera declarativa la acción interpuesta en origen.*

*También podemos consignar la sentencia de 5-6-2000, rec. 3809/1999. En este supuesto una serie de profesores de religión reivindicaban, entre otras cuestiones, que se declarase la indefinidad de su contrato, oponiéndose de contrario al negarles tal posibilidad. Y si bien la propuesta de los actores no se aceptó por el TS, lo fue porque entendió que existía: "…una relación laboral que es objetivamente especial,…, en atención a las peculiaridades que concurren en la relación de servicios que se considera…"; alternativa tampoco solicitada por los litigantes, ni por ende por la empleadora que era la beneficiada con una consecuencia de esa naturaleza. Declaración que gozaba de idiosincrasia y especificidad propia, como demuestra que con posterioridad fue legalmente así declarada por el Real Decreto 696/2007.*

*b. Es también significativa* ***la génesis procesal que ha dado lugar a la resolución del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5-10-2016, rec. 246/2014 y que recordemos fue quien articuló la cuestión prejudicial ante el TJUE que ahora nos ocupa****.*

*De la lectura de dicha sentencia inferimos que no se planteó el tema indemnizatorio ni en la instancia, ni en el trámite de Recurso. De tal manera que el punto de partida sería el mismo que el que defendemos. Visto lo cual, no vemos que existan razones para no darle un tratamiento procedimental idéntico.*

*Con todo, resulta también clarificador que dada audiencia a la empresa, allí representada por la Abogacía del Estado, para que se pronunciara sobre la pertinencia de formalizar esa cuestión, en momento alguno tachó de incongruente al propio planteamiento.*

*c. Dejando de lado, cuando menos directamente, la invocación de resoluciones judiciales, es el momento de añadir una serie de* ***argumentos que van en la misma dirección****. Son los siguientes:*

***-La acción interpuesta por el Sr. Pintado es un despido*** *y resaltar esa circunstancia es una cuestión sustancial, ya que el objetivo que perseguía era que se declarase la nulidad, aunque en la práctica nada defendió al respecto, y, sobre todo, la improcedencia. Desde esta perspectiva el art. 110, de la LRJS, establece una doble alternativa, la primera se refiere el binomio readmisión/salarios de tramitación, y la segunda a una indemnización para reparar el daño causado por la empresa ante la extinción contractual. Es decir, y respecto a esta última premisa, el cobro de una cantidad a título de compensación por el trabajo perdido, está inserta en la presente acción. De tal manera que forma parte del debate desde la presentación de la demanda y trámites subsiguientes. Ello a su vez supone que cualquier decisión que judicialmente se tome tanto cuantitativa como cualitativamente sobre el montante indemnizatorio, de tener derecho el trabajador afectado, no puede sorprender, ni por ende causar indefensión, al empresario que*

*ha tomado unilateralmente esa decisión, asumiendo todas las consecuencias que la misma puede conllevar.*

*Por tanto y volviendo a nuestra tesis inicial, reiteramos que la acción de despido es una sola, englobándose en ella todos los diferentes resultados posibles que puedan derivarse. En consecuencia, la circunstancia de que la Sala no haya compartido el criterio del trabajador sobre la calificación que otorgó a su cese, no puede determinar, sin más, la desestimación de la demanda y no pronunciarse sobre la indemnización que ahora nos ocupa.*

*-Y más, añadimos, al* ***ser la mayoría de los parámetros utilizados para el cálculo de la indemnización, idénticos en los dos supuestos que traemos a colación.*** *Por una parte, los años de servicio y por otro el salario que se viniera percibiendo, y con independencia de que el número de días aplicables pueda variar. Obsérvese además que dichos parámetros normalmente desplegarían efectos de cosa juzgada positiva –art. 222.4, de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)-, en un hipotético y futuro litigio de cantidad, de no admitirse la tesis que estamos defendiendo, con lo que la contradicción procesal sería evidente y en los términos ya expuestos en el apartado anterior. Igualmente, al rechazarse que existe un despido, estaríamos hablando de una indemnización tasada y no sujeta a variables distintas que las que provienen de tales factores, y a diferencia, por ejemplo, de cuando se reivindica una indemnización de daños y perjuicios derivada de un accidente de trabajo. O sea, con una solución distinta a la ahora propugnada, se le obliga al trabajador a articular un nuevo litigio, pero únicamente para concretar una suma ya preanunciada; tema sobre el que, no obstante, luego volveremos.*

*-Expresión adec****uada de lo que acabamos de relacionar es el principio general del derecho de "quien puede (pide) lo más, puede (pide) lo menos****", y aplicable sin género de dudas en el campo laboral –TS, 31-10-2003, rec. 17/2002, por ejemplo-. Es decir, quien reivindica una indemnización de 45/33 días por año de servicio, según los casos, igualmente está solicitando una suma inferior por ese mismo concepto en la práctica –"del mal el menos"-. De ahí la jurisprudencia del TS reseñada en un epígrafe anterior, al asignar 8 días al trabajador demandante por un despido que se declara inexistente. Tampoco causa perjuicio alguno a las partes y como incidiremos en otro apartado.*

*Es cierto que dicho principio no es aplicable de manera automática en el orden laboral, pues existen excepciones. Una de ellas, quizá la más relevante, es en materia de declaración de incapacidad permanente, pero tiene una evidente razón de ser, cual es que al peticionario no se le reconozca un grado que no es el adecuado a sus intereses, vistas las sustanciales consecuencias laborales que puede acaecer de asumir una incapacidad "menor" a la solicitada. Otra de las que en su momento fueron objeto de intenso debate doctrinal y jurisprudencial sobre todo en un proceso por despido, versaba sobre la posibilidad de autorizar una sanción inferior a la decidida empresarialmente, pero esa discusión ya ha sido superada, al asumirse legislativamente tal posibilidad –arts. 108.1 y 115.b, de la LRJS-.*

*-El proceso laboral se rige por una serie de principios, básicamente desglosados en el art. 74.1, de la LRJS, lo cuales y de acuerdo a lo que dice su num. 2, orientan la interpretación y aplicación del resto de normas procesales. En este caso queremos hacer hincapié en dos de ellos, el* ***de concentración y el de celeridad****. A su vez y como parte inserta en los mismos, estaría el que* ***la jurisprudencia comunitaria denomina de efectividad*** *–TJUE 14-9-2016, C-184/15 y C-197/15, acumulados-.*

*Partiendo de esos principios y como ya anunciábamos en apartados anteriores, su obligatorio respeto no quedaría en buen lugar si al trabajador que ve justamente extinguido su contrato, se le obliga a articular un segundo proceso con todo lo que conlleva, incluido los costes temporales y económicos, para reclamar una indemnización derivada de la decisión judicial anterior, cuando ya en el primero se disponen de los medios jurídicos suficientes para fijarla y como igualmente indicábamos. Costes que por otra parte también se le generarían a la empleadora y sería otra cuestión a evaluar. La propia jurisprudencia invocada y nos estamos refiriendo a las sentencias de 14-10-2013, rec. 68/2013 y 6-10-2015, rec. 2592/14, serían fiel ejemplo de la aplicabilidad de tales principios.*

*Asimismo, lo contrario supondría dividir la continencia de la causa, pues se obligaría a tratar en procesos distintos los efectos y consecuencias de una misma y única extinción contractual. Además, atacaría al principio de economía procesal, ya que se forzaría a plantear en dos juicios diferentes lo que podría haberse resuelto en uno solo.*

*-Consecuencia de lo hasta ahora expuesto, es que con nuestra decisión* ***no apreciamos una vulneración del art. 218.1, de la LEC*** *y por ende que pueda hablarse de una sentencia incongruente respecto a este punto. Así también lo inferimos de lo establecido por el Tribunal Constitucional, en cuanto delimita los límites de una posible incongruencia judicial, dotándole de la necesaria flexibilidad, en la sentencia 14/85, de 1 de febrero, donde tras recordar la 29/82, de 5 de mayo -"La doctrina de la congruencia…es perfectamente compatible con el principio tradicional iura novit curia, pues los Tribunales no tienen necesidad ni tampoco obligación de ajustarse en los razonamientos jurídicos que les sirven para motivar sus fallos a las alegaciones de carácter jurídico aducidas por las partes y pueden basar sus decisiones en fundamentos jurídicos distintos, siempre que no se altere la acción ejercitada" (el subrayado es nuestro)-; añade que para apreciar lo contrario es necesario: "…que se haya producido una desviación de tal naturaleza que suponga una completa modificación de los términos en que se produjo el debate procesal…" (volvemos a subrayar).*
*A nuestro juicio, insistimos y por lo ya dicho, ni se alteraría la naturaleza de la acción por despido en su momento entablada por el actor, ni la modificación es de tal naturaleza que hiciera irreconocible el debate, pues se limitaría a fijar la indemnización a la que finalmente tendría derecho ante el cese en el trabajo.*

Aún coincidiendo, a grandes rasgos con tales razonamientos, entiende que una cosa es la congruencia y otra distinta la contradicción.

En el proceso laboral juega el **principio de congruencia flexible**, en cuya virtud, según el TC **no es incongruente que el juez aplique por derivación las consecuencias legales de una petición**, aunque **no hayan sido solicitadas expresamente por las**

**partes**, si vienen impuestas en normas de derecho necesario, o que se concedan efectos no pedidos por las partes siemrpe que se ajunten al objeto material del proceso: SSTC 12/84, 97/1987, 91/88, 14/1985 y SSTS 6 m19 1988 (RJ 1988/3569)
Sin embargo, este principio de congruencia flexible se limita por el principio de contradicción, de forma que las partes puedan tener siempre la oportunidad de ser oídas respecto de cuestiones sobre las que pueden ser condenadas. Por tanto, en mi opinión, que **la sentencia sea congruente no exime de dar audiencia a las partes para que puedan ser oídas, aunque dicho trámite no se contemple en suplicación**.

## VI.2.- Cuestiones relativas a personal laboral Administración Pública

En materia de personal laboral se plantean dos cuestiones, la primera relativa a la necesidad o no de agotar la vía administrativa previa, mediante recursos de alzada o bien, tras la Ley 39/15 ha de considerarse que la Administración está sujeta al trámite de conciliación como cualquier otro sujeto privado.
La segunda cuestión, atañe al personal indefinido no fijo y al derecho a ser indemnizados.

### *VI.2.1.- La supresión de la reclamación previa laboral por la Ley 39/2015 de 1 de octubre*[64]

#### *VI.2.1.1.- Panorámica de las modificaciones operadas por la Ley 39/15 en la LRJS.*

El 2 de octubre de 2016 (DF 7ª Ley 39/15), ha entrado en vigor la nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones públicas (LPAC) que deroga la anterior Ley 30/92.

Es preciso **antes de entrar a dilucidar el impacto de esta reforma en las acciones de que goza el personal laboral** de la Administración pública derivadas de la doctrina De Diego Porras, hacer un **breve análisis panorámico de la reforma de la LPAC**.

Así, en **el ámbito laboral, la nueva LPAC** ha significado la **introducción de diversas novedades** que han afectado a la norma procesal laboral (LRJS). En concreto, la DF 3ª de la Ley 39/15, modifica los arts. 64, 69, 70, 72, 73, 85, 103 y 117 de la LRJS.
Pasamos ahora a analizar de forma breve y sintetizada las novedades introducidas.

**a) Supuestos exceptuados de conciliación o reclamación previa:**
El art. 64 LRJS regula los **supuestos exceptuados del intento de conciliación o mediación** como requisitos previos de acceso al proceso ( art.63 LRJS), entre los que figuraban los sujetos a reclamación previa que el texto anterior de la LRJS contemplaba en su art.69. **La redacción introducida por la LPAC**, **suprime del catálogo de las excepciones (art.64.1) toda referencia a los procesos que exijan reclamación previa en vía administrativa**[65]. Sin embargo, **mantiene la excepción** del requisito previo

[64] PRECIADO DOMÈNECH, C.H. "La supresión de la reclamación previa laboral por la Ley 39/15 de 1 de octubre y su impacto en el proceso laboral". Aranzadi. Revista de Información Laboral núm. 10/2016
[65] **Art. 64 NLRJS** (novedades resaltadas) **Excepciones a la conciliación o mediación previas**
1. Se exceptúan del requisito del intento de conciliación o, en su caso, de mediación los procesos que exijan ~~**la reclamación previa en vía administrativa u otra forma de agotamiento de la misma**~~ **el agotamiento de la vía administrativ**a, en su caso, los que versen sobre Seguridad Social, los relativos a la impugnación del despido colectivo por los representantes de los trabajadores, (...)

conciliación o mediación, para los supuestos de **procesos que exijan el agotamiento de la vía administrativa.**

El art.64.2[66] regula otros supuestos exceptuados de los requisitos de intentar conciliación o mediación. En estos casos, **también se suprime la mención a la reclamación previa** , quedando ahora **exceptuados de intento de conciliación o mediación** aquellos **procesos en que siendo parte demandada el Estado u otro ente público también lo fueren personas privadas**, siempre que **la pretensión hubiera de someterse al agotamiento de la vía administrativa** y en ésta pueda decidirse el asunto litigioso.

**b) Agotamiento de la vía administrativa previa**

El art. 69 LRJS[67] regula el **agotamiento de la vía administrativa previa a la vía judicial social.** Se regula como **requisito previo para demandar al Estado**, CCAA, EELL, o entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculados a los mismos, **el agotamiento de la vía administrativa -cuando proceda-** , **suprimiéndose toda referencia a la necesidad de interponer reclamación previa.**

Se mantiene la obligación de la Administración de notificar a los interesados las resoluciones y actos administrativos que afecten a sus derechos e intereses, conteniendo la notificación el texto íntegro de la resolución, con indicación de si es o no definitivo en la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan (suprimiéndose la mención a la reclamación previa)

El **plazo para interponer demanda (**2 meses) se iniciaba antes, en los supuestos sujetos a reclamación previa, desde la notificación de su denegación o desde transcurrido 1 mes sin notificarse. A**hora** el plazo para demandar se inicia **desde que se deba entender agotada la vía administrativa**

La **documentación a adjuntar a la demanda** -suprimida la reclamación previa- consiste ahora en **copia de la resolución denegatoria o documento acreditativo de la**

---

[66] art. 64. 2. NLRJS (novedades resaltadas) Igualmente, quedan exceptuados:
a) Aquellos procesos en los que siendo parte demandada el Estado u otro ente público también lo fueren personas privadas, siempre que la pretensión hubiera de someterse ~~**al trámite de reclamación previa en vía administrativa o a otra forma de agotamiento de la misma**~~ agotamiento de la vía administrativa y en ésta pudiera decidirse el asunto litigioso.

[67] **art.69 NLRJS.** (novedades resaltadas) **Agotamiento de la vía administrativa previa a la vía judicial social**
1. Para poder demandar al Estado, Comunidades Autónomas, entidades locales o entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos será requisito necesario ~~**haber interpuesto reclamación previa a la vía judicial social, o, en su caso,**~~ haber agotado la vía administrativa, cuando así proceda, de acuerdo con lo establecido en la normativa de procedimiento administrativo aplicable.
En todo caso, la Administración pública deberá notificar a los interesados las resoluciones y actos administrativos que afecten a sus derechos e intereses, conteniendo la notificación el texto íntegro de la resolución, con indicación de si es o no definitivo en la vía administrativa, la expresión de los recursos ~~**o de la reclamación administrativa previa**~~ que procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente.
Las notificaciones que conteniendo el texto íntegro del acto omitiesen alguno de los demás requisitos previstos en el párrafo anterior mantendrán suspendidos los plazos de caducidad e interrumpidos los de prescripción y únicamente surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación o resolución, o interponga cualquier recurso ~~**o reclamación**~~ que proceda.
2. ~~**Notificada la denegación de la reclamación o transcurrido un mes sin haber sido notificada la misma, o**~~ **dD**esde que se deba entender agotada la vía administrativa ~~**en los demás casos,**~~ el interesado podrá formalizar la demanda en el plazo de dos meses ante el juzgado o la Sala competente. A la demanda se acompañará copia de la resolución denegatoria o documento acreditativo de la ~~**presentación de la reclamación o de la**~~ interposición o resolución del recurso administrativo, según proceda, uniendo copia de todo ello para la entidad demandada.
3. En las acciones derivadas de despido y demás acciones sujetas a plazo de caducidad, el plazo de interposición de la demanda será de veinte días hábiles o el especial que sea aplicable, contados a partir del día siguiente a aqu**e**él en que se hubiera producido el acto o la notificación de la resolución impugnada, o desde que se deba entender agotada la vía administrativa en los demás casos**,** ~~**si bien la interposición de la reclamación previa suspende el plazo de caducidad, en los términos del artículo 73.**~~

**interposición o resolución del recurso administrativo, según proceda,** uniendo copia de todo ello para la entidad demandada.

En las **acciones de despido o sujetas a plazo de caducidad**: el plazo para interponer la demanda es **de veinte días hábiles o el especial** que sea aplicable, **contados a partir del día siguiente a aquél en que se hubiera producido el acto** o **la notificación de la resolución impugnada,** o **desde que se deba entender agotada la vía administrativa** en los demás casos**.**

La **novedad en estos casos** radica en la **supresión de suspensión de la caducidad** por la **interposición de la reclamación previa**, pues ésta ha desaparecido.

**c) Excepciones a la necesidad de agotar la vía administrativa**

El nuevo art.70 LRJS[68] regula las **excepciones al agotamiento de la vía administrativa, mientras que el anterior regulaba, además, las excepciones a la reclamación previa.**

Por ello, la reforma suprime los párrafos 1 y 3 del **art.70, que ahora queda con un único párrafo, dedicado en exclusiva a regular las excepciones a la necesidad de agotar la vía administrativa previa, que son las mismas que antes:** demandas de tutela de ddff y llpp frente a actos de las AAPP en el ejercicio de sus potestades en materia laboral y sindical,

Al igual que antes de la reforma, en estos casos el plazo para la interposición de la demanda será de veinte días desde el día siguiente a la notificación del acto o al transcurso del plazo fijado para la resolución, sin más trámites.

Cuando la lesión del derecho fundamental tuviera su origen en la inactividad administrativa o en actuación en vías de hecho, o se hubiera interpuesto potestativamente un recurso administrativo, el plazo de veinte días se iniciará transcurridos veinte días desde la reclamación contra la inactividad o vía de hecho, o desde la presentación del recurso, respectivamente.

**Desaparecen con la reforma del art.70.1 y 3 que contemplaba supuestos no sujetos al requisito de reclamación previa** (tampoco de agotamiento de la vía administrativa), y que tenían la **nota común de tratarse, por razón de la materia, de supuestos necesitados de preferente y sumaria tutela**: impugnación del despido colectivo por los representantes de los trabajadores, disfrute de vacaciones, materia electoral, acciones derivadas de derechos de las víctimas de violencia sobre la mujer, etc, En todos estos

---

[68] **art.70 NLRJS.** (novedades resaltadas) ~~**1. Se exceptúan del requisito de reclamación previa los procesos relativos a la impugnación del despido colectivo por los representantes de los trabajadores, disfrute de vacaciones, materia electoral, movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor, derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral a los que se refiere el artículo 139 , procedimientos de oficio, conflictos colectivos, impugnación de convenios colectivos, impugnación de estatutos de los sindicatos o de su modificación, tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, siendo en estos últimos potestativo, y reclamaciones contra el Fondo de Garantía Salarial, al amparo de lo prevenido en el artículo 33 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.**~~

~~2.~~ No será necesario agotar la vía administrativa para interponer demanda de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas frente a actos de las Administraciones públicas en el ejercicio de sus potestades en materia laboral y sindical, si bien el plazo para la interposición de la demanda será de veinte días desde el día siguiente a la notificación del acto o al transcurso del plazo fijado para la resolución, sin más trámites; cuando la lesión del derecho fundamental tuviera su origen en la inactividad administrativa o en actuación en vías de hecho, o se hubiera interpuesto potestativamente un recurso administrativo, el plazo de veinte días se iniciará transcurridos veinte días desde la reclamación contra la inactividad o vía de hecho, o desde la presentación del recurso, respectivamente.

~~**3. También se exceptúa del requisito de reclamación previa el ejercicio de las acciones laborales derivadas de los derechos establecidos en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.**~~

casos, es obvio, la reclamación previa suponía una demora que podía privar de sentido la efectividad de la tutela judicial.

**d) Supuestos residuales de reclamación previa: prestaciones de Seguridad Social,**
**El art.71 LRJS no ha sido modificado y mantiene los únicos casos en que subsiste la reclamación administrativa previa**: demandas en materia de prestaciones de Seguridad Social.

En esta línea, el art.72 NLRJS[69], mantiene la vinculación **respecto a la reclamación administrativa previa, pero ahora sólo en materia de prestaciones de Seguridad Social; y mantiene igual que antes la prohibición de** variaciones sustanciales de tiempo, cantidades o conceptos que los aducidos en **el** recurso que agote la vía administrativa, salvo para hechos nuevos no conocibles con anterioridad
Por tanto, la novedad radica en que la vinculación ahora lo es a la reclamación previa sólo en materia de prestaciones de SS y no varía la vinculación al objeto del procedimiento administrativo en fase de recurso que agote la vía administrativa. administrativa.

**El art. art.73**[70] regula -igual que antes- el efecto interruptivo de la prescripción y suspensivo de la caducidad de la interposición de reclamación previa, pero ahora sólo en los casos en que esta subsiste: prestaciones de seguridad social

**e) Celebración del juicio**
El **art.85 NLRJS** se modifica en su pfo.3[71], para precisar que la reconvención exige anuncio en la contestación a la reclamación previa, pero ahora sólo en los casos en que pervive: en materia de prestaciones de Seguridad Social.

---

[69] **art. 72 NLRJS** (novedades resaltadas**) Vinculación respecto a la reclamación administrativa previa en materia de prestaciones de Seguridad Social o vía administrativa previa**
En el proceso no podrán introducir las partes variaciones sustanciales de tiempo, cantidades o conceptos respecto de los que fueran objeto del procedimiento administrativo y de las actuaciones de los interesados o de la Administración, bien en fase de reclamación previa **en materia de prestaciones de Seguridad Social** o de recurso que agote la vía administrativa, salvo en cuanto a los hechos nuevos o que no hubieran podido conocerse con anterioridad

[70] **art. 73 NLRJS** (novedades resaltadas**)** La reclamación previa **en materia de prestaciones de Seguridad Social** interrumpirá los plazos de prescripción y suspenderá los de caducidad, reanudándose estos últimos al día siguiente al de la notificación de la resolución o del transcurso del plazo en que deba entenderse desestimada.

[71] **art.85. 3 NLRJS** (Novedades resaltadas) Únicamente podrá formular reconvención cuando la hubiese anunciado en la conciliación previa al proceso o en la contestación a la reclamación previa **en materia de prestaciones de Seguridad Social** o resolución que agote la vía administrativa, y hubiese expresado en esencia los hechos en que se funda y la petición en que se concreta. No se admitirá la reconvención, si el órgano judicial no es competente, si la acción que se ejercita ha de ventilarse en modalidad procesal distinta y la acción no fuera acumulable, y cuando no exista conexión entre sus pretensiones y las que sean objeto de la demanda principal.
No será necesaria reconvención para alegar compensación de deudas, siempre que sean vencidas y exigibles y no se formule pretensión de condena reconvencional, y en general cuando el demandado esgrima una pretensión que tienda exclusivamente a ser absuelto de la pretensión o pretensiones objeto de la demanda principal, siendo suficiente que se alegue en la contestación a la demanda. Si la obligación precisa de determinación judicial por no ser líquida con antelación al juicio, será necesario expresar concretamente los hechos que fundamenten la excepción y la forma de liquidación de la deuda, así como haber anunciado la misma en la conciliación o mediación previas, o en la reclamación **en materia de prestaciones de Seguridad Social** o resolución que agoten la vía administrativa. Formulada la reconvención, se dará traslado a las demás partes para su contestación en los términos establecidos para la demanda. El mismo trámite de traslado se acordará para dar respuesta a las excepciones procesales, caso de ser alegadas.

**f) Presentación de la demanda por despido:**

El art.103[72] en el párrafo segundo del artículo 103 se suprime la mención a la reclamación previa en las demandas por despido dirigidas a persona a la que se considera erróneamente empresario.

**g) Requisito de agotamiento de la vía administrativa previa a la vía judicial en la reclamación al Estado de salarios de tramitación.**
Se ha modificado la rúbrica del art.117 de la LRJS (que antes rezaba "Requisito de la reclamación administrativa previa) sustituyéndose por el requisito de agotamiento de la vía administrativa previa a la vía judicial. El contenido del precepto, sin embargo, permanece invariable.

### *VI.2.1.2.- La supresión de la reclamación previa por la Ley 39/2015*

Una de las novedades más importantes en el terreno del iuslaboralismo que ha supuesto la nueva LPAC es la **supresión de la reclamación previa a la vía laboral**, salvo en los supuestos residuales de demandas en materia de prestaciones de Seguridad Social.

La reclamación previa ha sido una constante en el proceso laboral, y sus antecedentes inmediatos los hallamos en los arts.120-126 Ley 30/92, que proceden de los arts.138 a 136 de la LPA de 17 de julio de1958. Antes de ello, la Ley de 26 de septiembre de 1941 sobre reclamaciones previas a los procesos laborales regulaba esta materia.

La **naturaleza procesal** de la reclamación previa ha sido tradicionalmente la **de requisito procesal** cuya ausencia obsta al válido ejercicio de acciones laborales frente a cualquier Administración pública (art.120 Ley 30/92). Ello no ha obstado a su consideración como requisito subsanable (art. 80.3 y art.81.2 LRJS)
En el proceso civil, la doctrina del TS habían entendido que actuaba como **sustitutivo de la conciliación[73], de forma que la jurisprudencia ha venido declarando que aun reconociendo las diferencias entre la reclamación previa y el acto de conciliación, pueden asimilarse** desde el momento en que aquélla viene a sustituir a éste identificándose su finalidad y efectos [Sentencias, entre otras, de 20-3-1975 ( RJ 1975\1328) y 26-5-1988 ( RJ 1988\4340)], de donde se infiere que la falta de reclamación previa es un defecto subsanable.

**A su vez,** la doctrina administrativista la ha considerado la reclamación previa una especie de **sucedáneo de los recursos administrativos**[74] en aquellos ámbitos en que la Adminsitración no actúa con sujeción al Derecho Administrativo.

Sus **finalidades,** conforme a la doctrina del TC[75] y del TS, se han identificado tradicionalmente con las dos siguientes:
- Dar oportunidad a la Admnistración de resolver directamente el litigio, evitando así pleitos innecesarios

---

[72] **art.103.2 NLRJS** (novedades resaltadas) 2. Si se promoviese papeleta de conciliación o solicitud de mediación**, ~~reclamación previa~~** o demanda por despido contra una persona a la que erróneamente se hubiere atribuido la cualidad de empresario, y se acreditase con posterioridad, sea en el juicio o en otro momento anterior del proceso, que lo era un tercero, el trabajador podrá promover nueva demanda contra éste, o ampliar la demanda si no se hubiera celebrado el juicio, sin que comience el cómputo del plazo de caducidad hasta el momento en que conste quién sea el empresario
73 STS (I) 15 marzo 1993. RJ 1993\2280
74 PARADA VÁZQUEZ, R. "Derecho Administrativo I. Parte General". Ed. marcial Pons 1997.
75 STC 90/1986, 76/1996, 37/1995, 122/1993, 40/1996, etc.

- Dar oportunidad a la Administratción de preparar adecuadamente su oposición

La **novedosa supresión de la institución de la reclamación previa se justifica** en el preámbulo de la Ley 39/2015 (V. pfo 20), diciendo: *" De acuerdo con la voluntad de suprimir trámites que, lejos de constituir una ventaja para los administrados, suponían* ***una carga que dificultaba el ejercicio de sus derechos, la Ley no contempla ya las reclamaciones previas en vía civil y laboral****, debido a la* ***escasa utilidad práctica*** *que han demostrado hasta la fecha y que, de este modo,* ***quedan suprimidas****"*

Para comprender el alcance de esta supresión hay que partir de **la premisa** de que **cuando las Administraciones públicas actúan sometidas al Derecho común, privado** o **laboral, carecen de las prerrogativas propias que les confiere el Derecho administrativo** (presunción de validez, ejecutoriedad, revisión de oficio de actos nulos, etc) , actuando entonces en **pie de igualdad con los ciudadanos.**
**Los conflictos que en tales ámbitos se suscitan no se resuelven por y ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, sino ante la Jurisdicción Civil o Laboral**[76]
En estos casos la Administración puede demandar y ser demandada como cualquier otro empresario en el ámbito laboral.

Para comprender adecuadamente dicha premisa hay que partir del **concepto general de acto administrativo**[77]**,** que lo identifica como **todo acto jurídico dictado por la Administración y <u>sometido a Derecho Administrativo</u>**.

Tal definición tiene la virtualidad de excluir del concepto de acto administrativo las actuaciones no jurídicas (actos materiales), los actos producidos por los administrados y, en lo que aquí nos interesa, **los actos jurídicos dictados por las Administraciones públicas que no están sujetos al Derecho Administrativo**, entre los que destacan, en lo que aquí nos atañe los sujetos al Derecho privado y al Derecho laboral. Así, por ejemplo, en el importante ámbito de la contratación administrativa (RDL 3/2011 de 14 de noviembre de contratos del E)

La **sujeción a Derecho administrativo** es un elemento constitutivo del acto administrativo, pues significa que se dicta en el ejercicio de una potestad adminsitraiva sujeta al Derecho Administrativo. Por ello, los actos de la Administración no sujetos a Derecho Administrativo no son controlables por la jurisdicción contenciosa, como viene sosteniendo desde antiguo la Sala III del TS (Sentencia de 21 febrero 1981. RJ 1981\443) , al decir que para tener jurisdicción *no (es)( suficiente que formalmente sea dictado un acto por un órgano de la Administración, sino que* ***la materia sobre que verse su contenido sea administrativa****, y* ***no lo es****, según el art. 2 de la Ley Jurisdiccional aquella que****, aunque relacionada con actos de la Administración Pública****, se* ***atribuyan por una Ley a la Jurisdicción Social o a otra jurisdicción..."***

Por tanto, los **actos y actuaciones de la Administración Pública** cuando **actúa sujeta al Derecho privado y laboral no son actos administrativos**, sujetos al control de la jurisdicción contencioso-administrativa (art.2 y 3 LJCA 29/98) , de ahí el régimen

[76] PARADA VÁZQUEZ, R. "Derecho Administrativo Parte General. Ed. Marcial Pons 1997.
77 GARCÍA DE ENTERRÍA, E; RAMÓN FERNÁNDEZ, T. ED. Civitas. 15ª 3d. p.569.

peculiar de las reclamaciones previas, que han sido tradicionalmente el trámite administrativo que juega como **requisito procesal para abrir la vía de la demanda civil o laboral.**

Tal **distinción** entre **actos sujetos** a Derecho Administrativo y **actos que no lo están**, es **trascendental** en orden a resolver los **problemas interpretativos** que dimanan de la **supresión de la reclamación** previa en el proceso laboral por la Ley 39/15.

En este sentido, debemos retener que es sólo **frente a los actos administrativos que ponen fin al procedimiento** y que conocemos **como resoluciones** (art.84 LPAC) **frente a los que caben los recursos administrativos -como el de alzada-** , como regla general, si bien también caben frente a otros actos de trámite, en determinados supuestos (art.112 LPAC), pero en cualquier caso, subrayemos, **sólo frente a actos administrativos (los sujetos a Derecho Administrativo)**. Ello es así porque sólo los actos sujetos a Derecho Administrativo exigen el agotamiento de la vía administrativa como requisito para acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa (art.112 LPAC y art.25 LJCA[78])

En cambio los **actos de la Administración no sujetos a Derecho Administrativo**, entre los mismos cuentan aquellos en los que la Administración actúa sujeta al Derecho Privado o al laboral, **estaban sujetos a la reclamación previa**, que abría las vías jurisdiccionales civil o laboral, según los casos.

**Centrándonos en el ámbito laboral**, la **actuación de la Administración Pública en este ámbito no es suficiente para considerar sus actos sujetos a Derecho Administrativo** y, por tanto, actos administrativos.
Será preciso que en tales casos se **trate de actos sujetos al derecho administrativo laboral**, que se dan cuando la Administración ejerce la potestad sancionadora en el orden social (RDL 5/00) , o la potestad de recaudación de cuotas de la SS (arts.21 y ss RDL 8/2015 de 30 de octubre y RD 1415/2004 de 14 de junio), en cuyo caso, como regla general, **habrá de agotarse la vía administrativa** y tales actos **estarán sujetos al control contencioso-administrativo**.
Ahora bien, dicho **control contencioso-administrativo** -sobre todo tras la LRJS- se lleva a cabo **por regla general, por la jurisdicción contenciosa, ej. en los actos de recaudación o gestión (art.3.f LRJS**); y, como **excepción**, por la **jurisdicción laboral** en el control contencioso que la misma ejerce de ciertas materias (art.151 LRJS), que la LRJS identifica como **actos administrativos en materia laboral**, cuyo ámbito natural sería la jurisdicción contenciosa. Es precisamente por esa naturaleza contencioso-laboral, que se exige el agotamiento de la vía administrativa y se sujetan supletoriamente a las normas reguladoras de la jurisdicción contenciosa (art.151.1 LRJS). También hay otros supuestos como los de naturaleza indemnizatoria por funcionamiento anormal de la Adminsitración de justicia en el ámbito laboral, que se contemplan en los arts. 116 y ss de la LRJS, bajo la rúbrica de reclamación al Estaod del pago de salarios de tramitación en juicios por despido. Esta naturaleza de actos administrativos dictados en ejercicio de potestades administrativas se corrobora por la circunstancia de que la Ley 39/15 ha modificado la rúbrica del art.117 de la LRJS (que

[78] Art. 25 1 LJCA El recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general y con **los actos expresos y presuntos de la Administración pública que pongan fin a la vía administrativa,** ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.

antes rezaba "Requisito de la reclamación administrativa previa) sustituyéndose por el requisito de **agotamiento de la vía administrativa previa a la vía judicial**

No obstante, habrá **muchos otros actos, en que la Administración actúe sujeta a la rama social del Derecho sin ejercer potestades administrativas ni hallarse sujeta al Derecho Administrativo**, como por ejemplo **cuando actúa como empresario** en una relación laboral.
En estos casos, la **legislación de contratos del Sector Público excluye en su art.4.1 de su ámbito de aplicación los contratos regulados en la legislación laboral**; y el **Estatuto básico del Empleo Público** (art.7 del RDL 5/15 de 30 de octubre) dispone que *" El personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan"*
Por tanto, cuando **la Administración pública actúa como Empresario queda sujeta al Derecho privado laboral con las especialidades previstas en el EBEP, que en modo alguno sujeta su relación al Derecho administrativo.**
En todos estos casos, obvio resulta, que la Administración no está sujeta al Derecho Adminsitrativo, sino al Laboral, con ciertas especialidades; e igual de obvio resulta que su **actuación en estos ámbitos no se plasmará en actos administrativos revisables por la jurisdicción contencioso administrativa, para lo que se exigiría el** previo agotamiento de la vía administrativa (art.25 LJCA)

Pues bien, partiendo de ello, **resulta clara que la voluntad del legislador de 2015 no ha sido otra que la de suprimir la reclamación previa laboral**, por la inutilidad de la misma, ya que en escasísimos supuestos cumplían las finalidades de evitar litigios y en muchos casos no eran ni siquiera respondidas por la Administación, lo que en la (mala)práctica administrativa ha supuesto su conversión en un obstáculo para el acceso a la tutela judicial carente de todo fundamento.

Esta **voluntad de suprimir la reclamación previa para facilitar el ejercicio de los derechos de los ciudadanos en sus relaciones laborales con la Administración**, ha de ser la **guía de toda interpretación** sobre las dudas que deja la nueva Ley 39/15 en orden a determinar los supuestos en que se precise el agotamiento de la vía administrativa y los supuestos residuales en que se precise la reclamación previa (demandas por prestaciones de Seguridad social)

### ***VI.2.1.3- Las distintas interpretaciones derivadas de la supresión de la reclamación previa laboral.***

Partiendo de lo hasta ahora expuesto, conviene hacernos eco de las diversas interpretaciones que la supresión de la reclamación administrativa previa a la vía laboral ha suscitado.

Así, destacadas voces del iuslaboralismo sostienen que la Ley 39/2015 ha supuesto *"la abrogación definitiva de la reclamación previa administrativa y su sustitución por sus vías ordinarias de impugnación de resoluciones administrativas; esto es: el recurso de alzada y el potestativo de reposición. En plata: a partir de la fecha indicada*

*desaparece del todo nuestra "vieja" y querida reclamación previa en materia laboral, salvo en procesos de Seguridad Social."*[79],

Sin embargo, dicha conclusión no puede ser compartirda, puesto que se apoya en premisas desenfocadas. En efecto, se concluye que la supresión de la reclamación previa ha sido sustituida por los recursos de alzada y potestativo de reposición basándose para ello en el nuevo art 69.1 LRJS (el subrayado es nuestro), que dice: "***para poder demandar al Estado**, Comunidades Autónomas, entidades locales o entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos **será requisito necesario haber agotado la vía administrativa, cuando así proceda, de acuerdo con lo establecido en la normativa de procedimiento administrativo aplicable**"*

Tales **posturas interpretan** que la literalidad del precepto avoca a que **todos los supuestos que hasta ahora estaban sujetos a reclamación administrativa previa quedan sujetos a partir del 2/10/16 a la necesidad de agotar la vía administrativa**, ergo a los recursos de **alzada y potestativo de reposición**.

Dedicaremos las próximas líneas a rebatir tal tesis que, con todos los respetos, nos parece errada, fundamentalmente por **obviar la distinción entre los supuestos en que la Administración actúa sujeta a Derecho Administrativo** y los **supuestos en que no lo hace**, como cuando actúa como empresaria.

Abundando en esta distinción podríamos afirmar que **la clave está en diferenciar** entre **actos administrativos y actos de la Administración.** En los actos administrativos la Administración actúa sujeta al Derecho Adminsitrativo, mediante el procedimiento administrativo y con determinadas prerrogativas, quedando su actuación sometida al control de la jurisdicción contencioso-adminsitrativa. En los actos de la Administración, ésta actúa sujeta a Derecho privado (civil o laboral) y por tanto sujeta al control de la jurisdicción civil o social y desprovista de las prerrogativas propias del Derecho administrativo.

Para **contrastar ambas interpretaciones enfrentadas**, la que **propone una distinción entre actos administrativos y actos de la Administración;** frente a la que supone **la sustitución de la reclamación previa por la necesidad de agotar la vía administrativa,** veremos las **consecuencias de cada una de ellas**

## INTERPRETACIÓN QUE PARTE DE LA DISTINCIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS Y ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN:

Si partimos de la **distinción actos administrativos y actos de la Administración** la interpretación de las novedades introducidas por la Ley 39/15 es plenamente coherente y harmónica.

1) **El art.69 LRJS exige agotar la vía administrativa, pero sólo cuando proceda**. Ello significa que hay supuestos en que procederá el agotamiento de la vía administrativa (**actos administrativos**), que no serán otros que aquellos en que la Administración ejercite potestades administrativas en el ámbito Social del Derecho con

[79] FALGUERA BARÓ, M.A. "La Ley 39/2015 o la invasión colonialista del Iuslaboralismo por el Derecho Administrativo". IUSLabor 2/2016. Puede consultarse en: https://www.upf.edu/iuslabor/

sujeción, por tanto, a la vía administrativa, con obligación de agotarla y con sujeción al procedimiento administrativo y régimen de recursos de la LPAC. Ejemplos: el art.151 (exige agotamiento de la vía administrativa) o el art.117 (que también lo exige)

Sin embargo, la literalidad del precepto nos advierte que habrá supuestos **(actos de la Administración)** que no serán otros que aquellos en que la Administración no dicte actos administrativos, sino que actúe como empresaria, es decir, no sujeta al Derecho administrativo, sino laboral. (ej. cuestiones litigiosas de personal laboral de Administración pública (art.2a) LRJS , incluidas reclamaciones en materia de libertad sindical y derecho de huelga (art.2f) LRJS)
En estos supuestos no hay que agotar la vía administrativa previa, porque no se ejerce ningún control jurisdiccional contencioso-adminsitrativo de la actividad de la Administración en el ejercicio de potestades sujetas a Derecho administrativo y, por tanto, generadoras de actos administrativos.

2) La **innecesariedad de agotar la vía administrativa en supuestos de actos de la administración** cuando la Administración actúa no sujeta a Derecho Administrativo -como cuando lo hace como empresaria- se corrobora por la lógica interna de la reforma y explica:
- la clara distinción por la propia LRJS de los supuestos en que hay que agotar la vía administrativa: arts.151 LRJS y art.117 LRJS.
- se exceptúan de la necesidad de conciliación o mediación los supuestos en que haya que agotar la vía administrativa (art.64), por lo que los casos en los que la Administración actúa como empresaria (no ha de agotarse la vía administrativa), no está exenta de conciliar o mediar, pues el art.63 LRJS no ha sido modificado
- **El art.69 se aplica sólo a aquellos supuestos en que se ha de agotar la vía administrativa (**actos administrativos) no a aquellos otros en que la Administración actúa como empresaria (actos de la Administración), por lo que no entran en juego la obligación de señalar si la resolución es o no definitiva, los recursos que caben, etc. Tampoco se aplican los plazos de 2 meses para formular demanda desde el agotamiento de la vía administrativa (nótese que coincide con el plazo de 2 meses del recurso contencioso clásico ante la jurisdicción contenciosa: art.46.1 LJCA[80], lo que refuerza la interpretación de que se aplica sólo a actos administrativos y no a actos de la Administración)

- **El art.70 LRJS. Excepciones al agotamiento de la vía administrativa.** Exceptúa la necesidad de agotar la vía administrativa en ciertas demandas de tutela de ddff y llpp, y **se aplica sólo a aquellos casos en que la Administración ejercita potestades sujetas a Derecho Administrativo en el ámbito laboral y sindical (actos administrativos)** (ej, constitución sindicatos, etc). En estos casos, en general, habría que agotar la vía administrativa por ser actos administrativos, pero se excepcionan de tal requisito por razones de preferencia y sumariedad ex art.53.2 CE : tutela de derechos fundamentales y libertades públicas .
Los supuestos de **tutela de derechos fundamentales por actos de la administración** (ej.administración empresaria), no precisan que se agote vía administrativa alguna,

[80] Art. 46. 1 LJCA El plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo será de dos meses contados desde el día siguiente al de la publicación de la disposición impugnada o al de la notificación o publicación del acto que ponga fin a la vía administrativa, si fuera expreso. Si no lo fuera, el plazo será de seis meses y se contará, para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto

simplemente porque no la hay. En tales casos se aplica el art.64, que exceptúa de la obligación de conciliar, entre otros los supuestos de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas.

- El **art.72 que regula la vinculación respecto a la reclamación administrativa previa en materia de prestaciones de Seguridad Social o vía administrativa previa. se aplica tanto** a los **supuestos residuales de reclamaciones previas**, como a los **supuestos en que hay una vía administrativa previa**; nunca en supuestos de actos de la Administración, p.ej.. cuando la Administración actúa como empresaria parte de una relación laboral, pues en tales casos no hay ni vía administrativa previa ni reclamación previa.

- **El art.73,** que regula los **efectos de la reclamación administrativa previa en materia de prestaciones de Seguridad Social**: se **aplica única y exclusivamente a los supuestos residuales de reclamación administrativa previa:** demandas de prestaciones de Seguridad Social.

- **el art. 85 que modifica el régimen del anuncio previo de la reconvención,** supone que la reconvención en casos de **actos de la Administración** -ej.cuando la Administración actúe como empresaria- **habrá de anunciarse en conciliación**; mientras que en casos **de actos administrativos**, cuando ejerza potestades administrativas sujetas a Derecho administrativo en el ámbito laboral o de SS, **habrá de anunciarla lógicamente en la resolución que agote la vía administrativa** y, en los supuestos residuales de reclamaciones previas (prestaciones de SS) **en la reclamación previa.**

- **el art. 103 LRJS** ha **suprimido en las demandas de despido toda referencia a la reclamación previa** porque **jamás cabe la misma frente a la actuación de la Administración como empresaria**, ya que en tales casos (actos de la Administración) la Administración actúa sujeta a derecho privado y, por tanto, **ha de conciliar o mediar, como cualquier otro empresario.** En estos casos no hay vía administrativa a agotar ni reclamación previa residual.

**-El art.117** :reclamación al Estado por salarios de trámite, es un supuesto de ejercicio de potestad administrativa de indemnización por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, por ello se exige en la rúbrica claramente agotar la vía administrativa, para que no haya confusión con la exigencia del pfo.1 del mismo precepto, en que se exige previo haber reclamado en vía administrativa en la forma y plazos establecidos, lo que en modo alguno puede conceptuarse como "reclamación previa", pues la Administración, en este caso actúa sujeta a Derecho Adminidtrativo.

**INTERPRETACIÓN QUE SUPONE LA SUSTITUCIÓN DE LA RECLAMACIÓN PREVIA POR LA NECESIDAD DE AGOTAR VÍA ADMINISTRATIVA MEDIANTE ALZADA O REPOSICIÓN:**

Esta interpretación, en cambio, genera multitud de dislates, aporías y paradojas, como bien señalan quienes la sustentan.
Así, se plantean al desaparecer la suspensión de la caducidad y la interrupción de la prescripción respecto de los actos que antes estaban sujetos a reclamación previa y ahora no, si **la interposición de recurso de alzada contra un despido, una**

**modificación sustancial de las condiciones de trabajo, una sanción de un empleado público, etc. se suspende por dicho instancia.** La pregunta es obviamente desenfocada. **En los supuestos de despido no hay recurso de alzada por no ser el despido un acto administrativo sino un acto de la Administración, por lo que está sujeto a conciliación y no a reclamación previa. Por tanto, tiene todo el sentido que el art.73 suprima toda referencia a la suspensión de la caducidad en tales supuestos.**

En segundo lugar se plantea, según estas tesis, **el problema de los plazos para demandar. Sostienen que conforme al art.69.2 NLRJS desparece la previsión de que "*notificada la denegación de la reclamación o transcurrido un mes sin haber sido notificada la misma*" se contaba con el plazo de dos meses para instar la demanda.**
**Por tanto, -concluyen estas tesis- a partir del 2/10/16 regirá la previsión del artículo 122.2 de la Ley 39/2015, esto es un plazo de silencio de tres meses, lo que demoraría mucho el acceso a la jurisdicción social: hasta 4 meses (1 para recurrir y 3 para resolver)**

Sin embargo, tal conclusión es, una vez más un desenfoque. El plazo de silencio de tres meses del art.122.2 Ley 39/15 se da para interponer recurso de alzada, que sólo cabe contra actos administrativos (generalmente definitivos y algunos de trámite ex art. 112 Ley 39/15), pero no frente a actos de la administración como los que lleva a cabo la Administración cuando actúa como empresaria. Por tanto, ante una actuación de la Administración cabe conciliación y demanda en los plazos ordinarios de prescripción y caducidad, salvo en aquellos casos exceptuados de conciliación (art.64 LRJS)

En **tercer lugar,** en cuanto a la modalidad procesal reclamación de salarios de tramitación al Estado, (art.117.LRJS), se plantea por estas tesis que el precepto al hablar antes en su rúbrica de reclamación previa incurría en un equívoco. Y es cierto, sobre todo a partir del artículo 7.2 del Real Decreto 418/2014, de 6 junio, por el que se modifica el procedimiento de tramitación de las reclamaciones al Estado por salarios de tramitación en juicios por despido, conforme al cual "la resolución de la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia pone fin a la vía administrativa" Estamos en un **caso claro de acto administrativo** que exige **agotar la vía administrativa** y la **rúbrica suprimida del art.117 LRJS hablaba del "requisito de la reclamación administrativa previa" era claramente errónea**, pues en este caso no había actuación de la administración no sujeta a Derecho administrativo, sino acto administrativo; por lo que es plenamente coherente que se rectifique la rúbrica y se hable ahora del "requisito de agotamiento de la vía administrativa previa a la vía judicial".
Téngase en cuenta que esta materia se sigue regulando (aún tras diversas reformas) por el RD 924/82 de 17 de abril, anterior a la 30/92, en el que se habla de una "reclamación" ante la administración, cuya resolución pone fin a la vía administrativa, pues frente a la misma no cabe recurso (art.5), que no es propiamente una reclamación previa, sino un procedimiento administrativo que desemboca en un acto administrativo (resolución), que se llama reclamación sólo por razones históricas.
De ahí lo acertado de la nueva rúbrica del art.117, pues en tales casos hay acto administrativo y, por tanto, se precisa agotar la vía administrativa.

En cuanto a los **supuestos de excepción de reclamación previa** (art.70 LRJS), estas tesis encuentran multitud de problemas, puesto que **tras la reforma sólo juega dicha**

**excepción respecto de la tutela de derechos fundamentales** y libertades públicas frente a actos de las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus potestades en materia laboral y sindical. (ej denegación de inscripción de Sindicato, etc)

El problema que se plantea para las tesis de la sustitución de la reclamación previa por el recurso de alzada es que en los supuestos de disfrute de vacaciones, material electoral, movilidad geográfica, MSCT, o derechos de víctimas de violencia de género, entre otros exceptuados de reclamación previa por el anterior redactado, ahora estarían sujetos a la necesidad de agotar la vía adminsitrativa y a recurrir en alzada lo que sería un auténtico dislate. Y llevan razón, pues no habría justificación para que en esos casos el empresario privado (art.64) estuviera excluido de conciliación; mientras que la Administración empresaria gozara 4 meses (1 para alzada y 3 para resolver), antes de ser demandada.
Ocurre, sin embargo, que la interpretación que proponemos es mucho más cabal, tanto en las premisas como en las consecuencias; pues partiendo de la premisa de que en estos casos (disfrute de vacaciones, material electoral, movilidad geográfica, MSCT, o derechos de víctimas de violencia de género...) no hay actos administrativos sino actos de la Administración, que actúa como empresaria y, por tanto, la consecuencia es que no sólo no hay reclamación previa (desaparecida), sino que tampoco hay conciliación, porque viene exceptuada por el art.64 LRJS, no habiendo así distinción alguna entre la Administración y el empresario privado, como es lógico si consideramos que en estos casos la Administración actúa sujeta exclusivamente al Derecho laboral, como cualquier otro empresario y por tanto, no hay vía administrativa previa alguna que agotar.

**En conclusión**, las tesis que proponen que los supuestos en que antes había reclamación previa ahora están sujetos a recurso de alzada plantean innumerables problemas prácticos, con consecuencias paradójicas, como que hay que interponer recurso de alzada para demandar por despido, y ello es así porque parten de una premisa desenfocada que considera que la Administración en estos casos actúa mediante actos administrativos, sujetos a un procedimiento, con unas prerrogativas, y sometidas a los recurso de alzada y reposición; tesis que, como hemos demostrado, es absolutamente insostenible, puesto que la mejor doctrina administrativista ha considerado desde siempre que los supuestos en que la actuación de la Administración estaba sujeta a reclamación previa eran aquellos en que la actuación de la Administración no estaba sujeta al Derecho Administrativo, sino al privado o laboral, y, por tanto, no actuaba conforme a las normas de procedimiento administrativo, ni debía agotarse vía administrativa alguna. Partiendo de la premisa correcta (distinción actos administrativos vs. actos de la Administración) la desaparición de la reclamación previa comporta la equiparación de la Administración al empresario privado, con idénticas exigencias (art 63 LRJS: conciliación, mediación) y con las mismas excepciones (art.64 LRJS), que cualquier sujeto que actúa sometido al derecho laboral.

***VI.2.1.4.- Conclusiones prácticas.***

- Hay que distinguir actos administrativos en ejercicio de potestades laborales de la Administración, en que ésta actúa sujeta a Derecho Administrativo; de los actos de la Administración, en que ésta actúa sujeta al Derecho privado laboral

- Los **actos administrativos** exigen, por regla general agotar la vía administrativa mediante los recursos administrativos correspondientes: ejs. art.2.j) art.117 y art.151 LRJS

-Los **actos de la Administración**, señaladamente, cuando **ésta actúa como empresaria**, **estaban antes de la Ley 39/15 sujetos a reclamación previa**. **Ahora no** y, por tanto, la **Administración actúa como cualquier otro empresario**, **sometida a conciliación** o mediación (art.63 LRJS) y con **idénticas excepciones** (art.64 RLJS). En estos **casos no hay vía administrativa previa alguna que agotar** mediante recursos de alzada o reposición, pues no estamos ante actos administrativos, sino ante actos de la Administración.

- De los supuestos sujetos a reclamación previa antes de la Ley 39/15, en la nueva LRJS **sólo subsisten las reclamaciones previas en materia de prestaciones de Seguridad Social.**

- Plazos de prescripción y caducidad:

Todo lo expuesto comporta que los supuestos en que la reclamación previa producía la interrupción de la prescripción o suspensión de la caducidad que antes operaban en los casos de actos de la Administración (despido objetivo, reclamaciones de cantidad...) hayan desaparecido, puesto no hay reclamación previa en estos supuestos, ni tampoco vía administrativa previa que agotar.

Por ello, **ahora en las acciones derivadas de despido y demás acciones sujetas a plazo de caducidad**, en que la demandada sea la Administración **el plazo de interposición de la demanda será de veinte días hábiles o el especial que sea aplicable**, **contados a partir del día siguiente a aquél en que se hubiera producido el acto (despido, MSCT, etc) (art.69.2)**

**-En las demandas frente a actos administrativos habrá que agotar la vía administrativa (como antes de la reforma). En cuanto al plazo para demandar,** desde que se deba entender agotada la vía administrativa el interesado podrá formalizar la demanda en el plazo de dos meses ante el juzgado o la Sala competente (art.69.2 LRJS.

-Cuando la Administración actúa como empresaria ya no goza de la reclamación previa y está sujeta al régimen laboral con todas las consecuencias: debe acudirse a conciliación previa (art.63), los supuestos exceptuados de conciliación (art.64) le son también oponibles, no se ha de interponer ningún recurso para agotar vía administrativa alguna, pues no actúa sujeta a Derecho Administrativo.

***VI.2.2.- El personal indefinido no fijo.***

En este punto, hemos de partir de lo ya expuesto en 4.6., bastando ahora recordar que con la doctrina De Diego si la naturaleza del indefinido no fijo es equiparable al interino, al menos a efectos extintivos, ahora la regular extinción del contrato comportará una indemnización no de 12 días/año sino de 20/días años, que podrán

reclamar, conforme a lo expuesto en el apartado anterior, sin necesidad de interponer reclamación previa alguna.

## VI.3.- Cuestiones relativas a personal funcionario interino y estatutario

El Personal no laboral afectado por la doctrina que estamos comentado, en el caso Pérez López es personal estatutario temporal eventual y en los casos acumulados Caso Martínez Andrés (C-184/15) y Caso Castrejana López (C-197/15), se trata de personal estatutario temporal eventual y de personal funcionario interino

### *VI.3.1.- Aplicación del principio de efectividad en el Orden contencioso*

La doctrina del TJUE **en el caso Martínez Andrés** (Asuntos C-184/15 y C-197/15 ) **impone una reflexión sobre el tema procesal** (f. 55-64). En este sentido, partiendo de que corresponde al ordenamiento procesal español configurar los recursos destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que reconoce la Directiva, las **modalidades de aplicación de las normas deben ser conformes a los principios de equivalencia y efectividad**. En este sentido la inobservancia de la equivalencia y efectividad en el ámbito procesal puede suponer una infracción de la Directiva.

Tanto es así que, en **el proceso contencioso español,** resulta que el tribunal nacional que conoce el litigio relativo a la utilización abusiva de sucesivos nombramientos de duración determinada no puede pronunciarse sobre una posible solicitud de reparación del daño sufrido por el empleado, circunstancia ésta que considera el TJUE que se opone al principio de efectividad. Caso Martínez Andrés (f.63**)**

### *VI.3.2- El procedimiento abreviado por cese*

**En todos esos supuestos, en particular en relación al personal estatutario tras la Ley 55/03, el procedimiento adecuado para reclamar frente al cese es el procedimiento abreviado.**

**En efecto, el Art. 78 1 LJCA.** Los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y, en su caso, los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo de este Orden Jurisdiccional conocen, por el procedimiento abreviado, de los asuntos de su competencia que se susciten sobre cuestiones de personal al servicio de las Administraciones Públicas, sobre extranjería y sobre inadmisión de peticiones de asilo político, asuntos de disciplina deportiva en materia de dopaje, así como todas aquellas cuya cuantía no supere los 30.000 euros.

### *VI.3.3.- El procedimiento de tutela de derechos fundamentales.*

**En paralelo a cuanto hemos expuesto en relación al proceso laboral (IV.1.4) , cabría plantearse si podría acudirse a un proceso de tutela de derechos fundamentales, que la LJCA regula en sus arts.114-122, que ha de interponerse en el plazo de 10 días**

**Tiene la ventaja de que no ha de agotarse la vía administrativa previa.** En efecto, para acceder al procedimiento especial regulado en el Capítulo I del Título V de la Ley Jurisdiccional, es innecesario formular cualquier recurso administrativo, al poderse aquél entablar directamente contra todo acto administrativo o disposición general que

vulnere los Derechos Fundamentales contemplados en los arts. 14 a 29 de la CE (STSJ Canarias (CA) 160/2003 de 27 febrero. RJCA 2003\710)

**La doctrina ha configurado el proceso como optativo, pero con objeto limitado**, de esta firma, el interesado podrá optar entre las distintas opciones posibles, bien plantear las cuestiones relativas a la legalidad ordinaria y a la tutela de los derechos fundamentales por el procedimiento ordinario (o abreviado, en su caso), bien plantear simultáneamente dicho procedimiento con el de protección de los derechos fundamentales, bien plantear únicamente el procedimiento especial ( STC 23/1984, de 20 de febrero). Ahora bien, en este último supuesto, el objeto del recurso se ciñe a la protección y tutela de los derechos fundamentales, quedando excluidas las cuestiones de legalidad ordinaria ajenas al derecho fundamental invocado. (vid. STSJ País Vasco (CA) núm. 635/2013 de 20 noviembre)

En materia de vulneración del derecho de igualdad y prohibición de discriminación se ha seguido el procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales, entre otros, en materia de igualdad en el acceso a la función pública (STSJ Catalunya núm. 399/2005 de 24 marzo)
Así, no es ocioso recordar (STC 73/94) que el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas consagrado en el art. 23.2 CE no sólo integra el derecho de acceso en tales condiciones y sin otro canon que los principios de mérito y capacidad, sino **también el derecho al mantenimiento de la condición de funcionario** y, en consecuencia, **exige que las leyes que regulan el cese en la misma, sean generales, abstractas y, en principio, de similar alcance para todos los funcionarios,** sin que puedan existir más diferencias al respecto que aquellas que tengan una justificación objetiva y razonable".
**Por tanto, el cese del personal funcionario interino que sea discriminatorio en las condiciones (falta de indemnización), por las razones ya expuestas y justificadas más arriba en IV.1.4, puede constituir una discriminación, que bien podría ventilarse con las ventajas que este procedimiento preferente y sumario comporta.**

### *VI.3.4.- Acumulación, tramitación preferente y suspensión*

En los supuestos de que existan numerosos ceses que afecten por igual a varios funcionarios o estatutarios, puede acudirse a la vía del art 37 LJCA, que permite la acumulación de oficio o a instancia de parte.
Por otro lado Si ante un Juez o Tribunal estuviera pendiente una pluralidad de recursos con idéntico objeto, el órgano jurisdiccional, si no se hubiesen acumulado, deberá tramitar uno o varios con carácter preferente previa audiencia de las partes por plazo común de cinco días, suspendiendo el curso de los demás hasta que se dicte

Una vez firme, el Letrado de la Administración de Justicia (LAJ) llevará testimonio de la sentencia a los recursos suspendidos y la notificará a los recurrentes afectados por la suspensión a fin de que en el plazo de cinco días puedan interesar la extensión de sus efectos en los términos previstos en el artículo 111 , la continuación del procedimiento o bien desistir del recurso**.**

**Conforme al Art.111 LJCA** cuando se hubiere acordado suspender la tramitación de uno o más recursos con arreglo a lo previsto en el artículo 37.2 , una vez declarada la firmeza de la sentencia dictada en el pleito que se hubiere tramitado con carácter preferente, el LAJ requerirá a los recurrentes afectados por la suspensión para que en el

plazo de cinco días interesen la extensión de los efectos de la sentencia o la continuación del pleito suspendido, o bien manifiesten si desisten del recurso.
Si se solicitase la extensión de los efectos de aquella sentencia, el Juez o Tribunal la acordará, salvo que concurra la circunstancia prevista en el artículo 110.5.b) o alguna de las causas de inadmisibilidad del recurso contempladas en el artículo 69 de esta Ley

### *VI.3.5.- La extensión de sentencia*

En los supuestos en que existan una pluralidad de funcionarios interinos o de estatutarios eventuales pueden optar por la vía de la extensión de sentencia (art.110 LJCA) , siempre que se cumplan con los requisitos previstos en la ley rituraria contenciosa, que en resumen son:
a) Que los interesados se encuentren en idéntica situación jurídica que los favorecidos por el fallo.
b) Que el juez o tribunal sentenciador fuera también competente, por razón del territorio, para conocer de sus pretensiones de reconocimiento de dicha situación individualizada.
c) Que soliciten la extensión de los efectos de la sentencia en el plazo de un año desde la última notificación de ésta a quienes fueron parte en el proceso. Si se hubiere interpuesto recurso en interés de ley o de revisión, este plazo se contará desde la última notificación de la resolución que ponga fin a éste.

### *VI.3.6.- La novedad de la Ley 39/15, de suspensión administrativa previa hasta que recaiga pronunciamiento judicial*

Cabe destacar como novedad de la Ley 39/15 de PAC (vid. preámbulo V Ley 39/15) la posibilidad de que cuando una Administración deba resolver una pluralidad de recursos administrativos que traigan causa de un mismo acto administrativo y se hubiera interpuesto un recurso judicial contra una resolución administrativa o contra el correspondiente acto presunto desestimatorio, el órgano administrativo podrá acordar la suspensión del plazo para resolver hasta que recaiga pronunciamiento judicial.

En este sentido, el Art. 120 Ley 39/15.

1. Cuando deban resolverse una pluralidad de recursos administrativos que traigan causa de un mismo acto administrativo y se hubiera interpuesto un recurso judicial contra una resolución administrativa o bien contra el correspondiente acto presunto desestimatorio, el órgano administrativo podrá acordar la suspensión del plazo para resolver hasta que recaiga pronunciamiento judicial.
2. El acuerdo de suspensión deberá ser notificado a los interesados, quienes podrán recurrirlo.
La interposición del correspondiente recurso por un interesado, no afectará a los restantes procedimientos de recurso que se encuentren suspendidos por traer causa del mismo acto administrativo.
3. Recaído el pronunciamiento judicial, será comunicado a los interesados y el órgano administrativo competente para resolver podrá dictar resolución sin necesidad de realizar ningún trámite adicional, salvo el de audiencia, cuando proceda.

Este precepto tiene innegable virtualidad en aquellos casos en que se impugnen una pluralidad de ceses; sea de personal funcionario, sea de personal estatutario.

## *VIII.- ANEXO DOCTRINA DEL TJUE*

1.- STJUE 14 septiembre 2016. Caso de Diego Porras. Asunto C-596/14.
2.- STJUE 14 septiembre 2016 Caso Martínez Andrés. Asuntos C-184/15 y C-197/2015
3.- STJUE 14 septiembre 2016. Caso Pérez López Asunto.C-16/15
4.- STJUE 9 julio 2015. Caso Regojo Dans. Asunto.C-177/14
5.- ATJUE 11 de diciembre de 2014, Caso León Medialdea c. Ayuntamiento de Huétor Vega, C-86/14

6.- STJUE de 26 febrero 2015 Caso Comisión/Luxemburgo. Asunto C-238/14
7.- STJUE 26 noviembre 2014. . Caso Mascolo. Asuntos acumulados C-22/13, C-61/13 a C-63/13 y C-418/13
8.- STJUE 3 julio 2014. Caso Fiamingo. Asuntos acumulados C-362/13, C-363/13 y C-407/13
9.- STJUE 13 marzo 2014. Caso Márquez Samohano c. UPF. C-190/13
10.- STJUE 13 marzo 2014. Caso Nierodzik. Asunto C-38/13
11.- STJUE 12 diciembre 2013. Caso Carratù. Asunto C- 361/12
12.- STJUE 11 abril 2013. Caso Della Roca. Asunto C-290/12
13.- STJUE 18 octubre 2012. Caso Valenza. Asuntos acumulados C-302/11 a C-305/11
14.- STJUE 8 marzo 2012. Caso Martial Huet. Asunto C-251/11
15.- STJUE 26 enero 2012. Caso Kücük. Asunto C-586/10
16.- STJUE 8 septiembre 2011. Caso Rosado Santana. C-177/10
17.- STJCE 23 abril 2009. Caso Kiriaki Angelidaki. Asuntos acumulados C-378/07 a C-380/07
18.- STJCE 15 abril 2008. Caso Impact. Asunto C-268/06
19.- STJCE 13 septiembre 2007. TJCE 2007/229. Caso Yolanda del Cerro Alonso contra Osakidetza-Servicio Vasco de Salud. Asunto C-307/05
20.- STJCE de 7 septiembre 2006. Caso Marrosu. Asunto C-53/04
21 STJCE 7 septiembre 2006. Caso Vasallo. Asunto C-180/04
22 .- STJCE 4 julio 2006. Caso Adeneler. Asunto C-212/04
23.- STJCE 22 noviembre 2005. Caso Mangold y Helm. Asunto C-144/04
24.- STJCE 4 octubre 2001, Jiménez Melgar, Asunto C-438/1999

Seminari
d'actualització de funció pública local

SECCIÓ DE PRÀCTICA JURÍDICA

# El procediment administratiu de la negociació col·lectiva de l'administració local

Ivan Curto i Esteve

# Seminari d'actualització de funció pública local

## SECCIÓ DE PRÀCTICA JURÍDICA

| | |
|---|---|
| **Fase promoció** | **1 Denúncia de l'acord/conveni i promoció de la negociació** |
| | **2 Comunicació a l'autoritat laboral competent** |
| **Fase preliminar** | **3 Treball intern preliminar del Govern Local** |
| | **4 Convocatòria per contrastar l'organització del procés** |
| | **5 Convocatòria formal als representants dels/les empleats/des legitimats per a la negociació** |
| | **6 Nomenament dels membres representants del Govern Local** |
| | **7 Nomenament dels membres de la representació sindical** |
| **Fase negociació** | **8 Constitució de la mesa general de negociació** |
| | **9 Desenvolupament de la negociació** |
| | **10 Tancament, redacció de text i signatura de l'acta final** |
| **Fase ratificació i validesa** | **11 Confecció expedient proposta aprovació acord/conveni** |
| | **12 Aprovació Acord/Conveni per l'òrgan competent** |
| | **13 Comunicació del nou text a l'autoritat competent** |
| | **14 Dipòsit, registre i publicació** |
| **Fase aplicació** | **15 Aplicació de l'Acord/Conveni** |

# Seminari d'actualització de funció pública local

SECCIÓ DE PRÀCTICA JURÍDICA

## 1 Denúncia de l'acord/conveni i promoció de la negociació

Què: Es dona per finalitzada la vigència del text anterior i es promou alhora el procés negociador per establir un de nou.

Qui: Representació del Govern Local o representació dels/les empleats/des (Junta de personal o Comitè d'empresa o delegats/des de personal, o Seccions sindicals si suposen la majoria dels membres dels primers)

Com: La denúncia es formalitza de forma expressa, dins el termini de preavís establert en el propi text, amb un document que qualsevol de les parts legitimades comunica a l'altre. En aquest, cal fer constar:

- Legitimació de la part promotora
- Àmbits d'afectació
- Matèries objecte de negociació

## 2 Comunicació a l'autoritat laboral competent

Què: Es dona compte de la denúncia i promoció de la negociació a l'autoritat laboral a efectes de registre.

Qui: Aquella part que ha promogut la denúncia del text i l'inici de negociació, habitualment mitjançant els serveis administratiu de l'Ens Local.

Com: Tramesa d'un ofici adjuntant còpia de la denúncia de l'acord/conveni i de la promoció de la negociació als Serveis Territorials del Departament de Treball, Afers Socials i Famílies.

# 3 Treball intern preliminar del Govern Local

Què: Definir i planificar el procés de negociació:

- Actors i rols: polítics, directius, comandaments, assessors, etc.
- Definició de l'equip negociador
- Objectius: Estratègics, específics i tàctics
- Etc.

Qui: Aquells actors amb un rol principal en la negociació, tant actiu com passiu.

Com: Sessions de treball de l'equip negociador, recopilació de dades i anàlisi intern, grups de discussió, proveïment d'estudis, indicadors, i eines comparatives, enquestes, etc.

# Seminari
# dôactualització de funció pública local

**SECCIÓ DE PRÀCTICA JURÍDICA**

## 4 Convocatòria per contrastar lôorganització del procés

Què: Convocar a tots els representants dels/les empleats/des legitimats per planificar i definir els aspectes organitzatius i logístics del procés negociador:

- Estil de negociació: declaració de voluntats, principis i criteris marc dôactuació
- Estructura de la mesa o meses de negociació
- Membres
- Rols (presidència, secretaria, moderador/a)
- Actes i contingut
- Programació de les sessions: data dôinici, període previst, freqüència, dia, horari, lloc
- Matèries de negociació
- Metodologies de treball: ordres del dia, priorització de matèries, comissions de treball, propostes ï contrapropostes, text base per a la redacció, etc.
- Drets sindicals i altres aspectes logístics
- Presència dôassessors/res
- ...

Qui: Representació del Govern Local i representants dels/les empleats/des

Com: Reunió de treball preparatòria

# 5 Convocatòria formal als representants dels/les empleats/des legitimats per a la negociació

Què: Citar a tots els representants dels/les empleats/des legitimats per a la constitució i assistència a la Mesa General de Negociació

Qui: Govern Local mitjançant els serveis administratius de l'Ens Local

Com: Trametre notificació de la convocatòria per escrit amb comprovant de recepció

# 6 Nomenament dels membres representants del Govern Local

Què: Determinació dels membres que representaran el Govern Local en la negociació i citar-los per a la constitució de la Mesa General de Negociació

Cal tenir present que poden actuar com agents legitimats del Govern Local:

- Representants de lâAdministració corresponent
- Associacions de municipis (FMC i ACM)
- Entitats Locals dâàmbit supramunicipal (Diputacions)

Qui: LâAlcaldia o Regidoria delegada, si és el cas

Com: Decret dâalcaldia i notificació a les persones interessades

# 7 Nomenament dels membres de la representació sindical

Què: Determinació dels membres que representaran els/les empleats/des en la mesa de negociació

Qui: Junta de Personal, Comitè d'Empresa, Seccions Sindicals

Com: Acord dels corresponents òrgans interns, segons els seus estatuts, en funció de la legitimitat i la representativitat de cadascú

# 8 Constitució de la mesa general de negociació

Que: Constituir la Mesa General de Negociació, determinant els membres titulars i suplents que la composaran per negociar les condicions de treball dels/les empleats mitjançant la negociació colÅectiva

També es podran incloure aquells elements concrets que sâacordin, treballats en la fase 4.

Qui: Representants del Govern Local i representants dels/les empleats/des

Com: Acta de constitució de la Mesa General de Negociació amb el nomenament dels membres de cada part i els corresponents suplents.

# 9 Desenvolupament de la negociació

Què: Desenvolupament de la negociació sota els principis de legalitat, cobertura pressupostària, obligatorietat, bona fe negocial, publicitat i transparència, amb l'objectiu d'acordar un nou marc de condicions.

Qui: Mesa General de Negociació

Com: Mitjançant sessions de negociació que es conclouen amb actes escrites que descriuen com a mínim els acords parcials que es van assolint.

Les actes de les sessions es firmaran com a mínim per un representant de cadascuna de les parts i pel Secretari/ària de la Mesa.

# 10 Tancament, redacció del text i signatura de l'acta final

Què: Assolir un acord final i una nova redacció definitiva del text de l'acord/conveni

Qui: Mesa General de Negociació

Com: Mitjançant l'acta que recull l'assoliment d'un acord final que aglutina els acords parcials escrits fins al moment en una nova redacció del text de l'acord/conveni. A l'acta s'adjuntarà el text íntegre de la nova redacció de l'acord/conveni, signat en cadascuna de les pàgines.

# 11 Confecció expedient proposta aprovació Acord/Conveni

Què: Preparar la tramitació dels acords de negociació per a disposar-lo a l'aprovació de l'òrgan competent

Qui: Govern Local mitjançant els serveis administratius de l'Ens Local

Com: Elaboració de l'expedient a partir de l'acta final i el text acordat per la mesa de negociació. Caldrà incorporar informe tècnic del Servei de RRHH o servei competent, informe de la Secretaria i informe de la Intervenció.

## 12 Aprovació Acord/Conveni per l'òrgan competent

Què: Aprovar l'acord/conveni de forma expressa i formal per atribuir-li validesa i eficàcia.

Qui: Ple de la Corporació

Com: Debat i aprovació de la proposta de l'acord/conveni, generant el corresponent certificat per a les tramitacions posteriors.

# 13 Comunicació del nou text a l'autoritat competent

Què: Es dona compte de l'aprovació del nou text a l'autoritat laboral a efectes de dipòsit, registre i publicació.

Qui: Govern Local mitjançant els serveis administratius de l'Ens Local

Com: Tramesa d'un ofici adjuntant còpia del certificat d'aprovació al Ple de la Corporació i el text aprovat de l'acord/conveni als Serveis Territorials del Departament de Treball, Afers Socials i Famílies.

# 14 Dipòsit, registre i publicació

Què: Dipòsit, registre i publicació de l'Acord/Conveni

Qui: Serveis Territorials del Departament de Treball, Afers Socials i Famílies

Com: Els Serveis Territorials realitzen l'oportú control de legalitat, i un cop superat formalitzaran el dipòsit, registre i publicació al BOP del text íntegre de l'Acord/Conveni.

Si l'àmbit d'aplicació és superior a la província, la competència recau en la Direcció General de Relacions Laborals i Qualitat en el Treball, i la publicació es realitza al DOGC.

# 15 Aplicació acord/conveni

Què: Implementació de les condicions de treball establertes en l'Acord/Conveni

Qui: Govern Local mitjançant els serveis administratius de l'Ens Local i Comissió Paritària

Com: Es fan efectives les condicions de treball de forma directa (nòmina, expedients administratius de reconeixement de drets o obligacions, etc.) o desenvolupant aquells aspectes que requereixin elaboració posterior (reglaments, plans, eines, etc.)