

BASE DE DATOS NORMACEF SOCIO-LABORAL**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia de 19 de marzo de 2014

Sala de lo Social

Rec. n.º 226/2013

SUMARIO:

Despido colectivo. Posibilidad de tramitar vía ERE conversiones de contratos a tiempo completo en contratos a tiempo parcial o fijos discontinuos. La finalidad del periodo de consultas es la de buscar alternativas a los despidos, siendo una de ellas la novación que aquí se establece con el propósito de hacer frente a una crisis de empleo, medida que no vulnera ninguna norma del ordenamiento jurídico. Esto es posible pese a lo que señala el art. 12.4 e) del ET, ya que este se refiere a la modificación por decisión unilateral del empresario o por medio del art. 41.1 del ET, pero no alcanza a otras vías en las que cabe el acuerdo con el trabajador afectado o con los representantes de los trabajadores. No cabe hablar de fraude de ley, en cuanto se está en presencia de una novación no extintiva sino temporal de los contratos de trabajo, lo que justifica la falta de puesta a disposición de los trabajadores de la indemnización que les hubiera correspondido si realmente tal extinción hubiera tenido lugar. Sala General. Votos particulares.

PRECEPTOS:

RDLeg. 1/1995 (TRET), arts. 12.4 e), 41.1 y 51.

Ley 36/2011 (LRJS), art. 124.

RD 1483/2012 (Procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada), art. 12.

PONENTE:

Don Miguel Ángel Luelmo Millán.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Marzo de dos mil catorce.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación, formulado por el Letrado D. Antonio Eduardo Gómez de Enterría en nombre y representación de GESTION AMBIENTAL DE CASTILLA LA MANCHA (GEACAM S.A.), contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de fecha 16 de abril de 2013, en actuaciones seguidas por DON Bernabe, DON Millán, DON Santos, DON Carlos Francisco, DON Adrian Y DON Calixto, en su condición de Secretario General Regional de la Federación Agroalimentaria de CCOO Castilla-La Mancha, contra GESTION AMBIENTAL DE CASTILLA LA MANCHA (GEACAM S.A.), y en su condición de miembros del Comité Intercentros de GEACAM, S.A. a DON Eugenio (UGT), DOÑA Leonor (UGT), DON Indalecio (UGT), DON MARCO Jeronimo (UGT), DOÑA Sofía (UGT), DON Vicente (SATIF), DON Juan María (SIBF) y DOÑA Apolonia (SIBF), sobre DESPIDO COLECTIVO.

Ha comparecido en concepto de parte recurrida LA FEDERACION REGIONAL DE AGROALIMENTARIA DE COMISIONES OBRERAS CASTILLA.LA MANCHA y DON Bernabe Y OTROS, representados y defendidos por la Letrada Doña Encarnación Tarancón Pérez.

ANTECEDENTES DE HECHO**Primero.**

D. Bernabe y otros y D. Calixto en su condición de Secretario General Regional de la Federación Agroalimentaria de CCOO Castilla-La Mancha, formularon demanda ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, sobre despido colectivo, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaron de aplicación, terminaban suplicando se dicte sentencia por la que se declare la nulidad o subsidiariamente la improcedencia de los acuerdos alcanzados en el expediente de regulación del que trae causa la presente demanda y consiguientemente la nulidad o la no concurrencia de las causas legales invocadas para proceder a los despidos colectivos, por cualquiera de los fundamentos de la demanda que damos por íntegramente reproducidos, con las consecuencias legales inherentes a dicha declaración.

Segundo.

Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio. Tras ratificarse la demanda por la parte actora, intervinieron por su orden los demandados, que se opusieron a la misma en los términos que consta en la grabación de dicho acto alegando excepción de existencia de caducidad de la acción. Tras dar la palabra a la actora respecto a tal alegación, se procedió a la práctica de la prueba propuesta por las partes, documental en todos los casos, sobre la que, tras ser vista por las otras partes, no se realizó manifestación alguna, dándose trámite final para alegaciones, y quedando el juicio visto para sentencia.

Tercero.

Con fecha 16 de abril de 2013, se dictó sentencia por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, cuya parte dispositiva dice: "FALLAMOS: Que, con estimación de la Demanda presentada por parte de la representación de D. Constantino, D. Millán, D. Santos, D. Carlos Francisco y D. Adrian, en cuanto miembros del COMITÉ INTERCENTROS de GEACAM S.A. por el Sindicato CCOO, y de D. Calixto EN SU CODICION DE Secretario Regional de la FEDERACION AGROALIMENTARIA DE CCOO DE CASTILLA-LA MANCHA, impugnando el Acuerdo alcanzado en el ERE NUM000, ratificado por la empresa el 14-11-12, interpuesta contra la empleadora GESTION AMBIENTAL DE CASTILLA-LA MANCHA S.A. y contra D. Eugenio, D^a Leonor, D. Indalecio, D. Jeronimo y D^a Sofía, miembros por UGT de dicho Comité Intercentros, y contra D. Vicente, componente del mismo por SATIG, y contra D. Juan María y D^a Apolonia, miembros del mismo por SIBF, procede acordar la Nulidad del mencionado Acuerdo, y en su consecuencia, de la decisión empresarial derivada del mismo".

Cuarto.

En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos: " PRIMERO - Con fecha 22-6-12 se presentó por la empresa GEACAM S.A. ante la Dirección General de Relaciones Laborales de la Consejería de Empleo y Economía de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, Expediente de Regulación de Empleo que pretendía la extinción del contrato parcial de 2035 de sus trabajadores, y la extinción total de otros 75, lo que se le había comunicado al Comité Intercentros en 21- 6-12 (hecho segundo de la demanda, no cuestionado de contrario, y hecho probado segundo de la Sentencia de esta Sala de fecha 1-2-13, recaída en la Demanda 11/12).

SEGUNDO. El día 2-7-12, por la Jefa de Servicio de Trabajo de la Dirección General de Relaciones Laborales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha se remite escrito a la empresa GEACAM S.A. en la que se le informa de la imposibilidad de tramitar vía expediente de regulación de empleo lo que la empresa denomina como "extinciones parciales", que, indica, "realmente se trata de conversiones definitivas de contratos a tiempo completo en contratos a tiempo parcial o fijos discontinuos", lo que, añade, "según lo previsto en el artículo 12,4,e) del Estatuto de los Trabajadores tendrá siempre carácter voluntario para el trabajador y no se podrá imponer unilateralmente por el empresario o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo a que se refiere el artículo 41,1,a) del Estatuto" (folio 550, primera página de Informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de 1-8-12, no cuestionado).

TERCERO. Dicho expediente se prosiguió finalmente solo en relación con 75 trabajadores del personal de estructura, conforme a escrito presentado por la empresa en la Dirección General de Relaciones Laborales el 19-7-12, iniciándose un proceso autónomo respecto al resto de trabajadores (hecho segundo de la demanda, no cuestionado de contrario, y hecho probado Tercero de la mencionada Sentencia de esta Sala de 1-2-13 dictada resolviendo la Demanda 11/12, y folio 550 vuelto, no cuestionado de contrario).

CUARTO. La decisión empresarial adoptada en dicho expediente, en el que se preveían medidas denominadas de "novación a empleo estable", de "recolocación diferida" y de "baja indemnizada", ha sido declarada nula en la mencionada Sentencia de esta Sala de fecha 1-2-13 .

QUINTO. Con fecha 13-8-12 por la empleadora GEACAM S.A. se comunica al Comité Intercentros el inicio de un nuevo período de consultas, para la tramitación de un nuevo expediente de regulación de empleo sobre despido colectivo de 680 trabajadores afectados (páginas 23 y 140 vuelta), con propuesta de extinción total de sus contratos de trabajo, lo que se comunica a la pertinente autoridad laboral autonómica en 14-8-12, registrándose en los Servicios Periféricos de Cuenca (folio 30), dando lugar al ERE NUM000, tramitado por causas económicas y organizativas (folios 20 a 30, 136 y 139, no cuestionados, y documento n.º 10 de GEACAM S.A., folios 955 a 958), lo que es reiterado por la empresa en la reunión inicial del período de consultas celebrada el 13-8-12 (folio 27, folio 488, y documento n.º 18 del ramo de prueba de GEACAM S.A., folio 1024). En el impreso oficial de solicitud de Expediente de Regulación de Empleo consta, en su punto 6, como número de trabajadores afectados, el de 2.022, y como número de trabajadores de la empresa, el de 2.288 (folio 21, no cuestionado).

SEXTO. En la reunión del período de consultas celebrada entre la empresa y la representación de los trabajadores del día 24-8-12, se manifiesta por esta que la "pretensión y necesidad empresarial se centra en la reestructuración de la plantilla de la empresa al objeto de cumplir con la estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, si bien siempre manteniendo la calidad y eficacia del servicio encomendado. A tales efectos, la dirección de la empresa no plantea la necesidad de reducir la plantilla y número de efectivos durante la campaña de extinción de incendios forestales, si bien planea la necesidad de dimensionar la plantilla y efectivos durante las temporadas de bajo riesgo, esto es, en la campaña de prevención de los mismos". Añade que "La empresa apuesta por mantener la actual plantilla de 2.022 trabajadores, si bien con un contrato de trabajo fijo discontinuo por períodos de ocho o nueve meses al año. De esta forma se evitaría tener que extinguir hasta un máximo de 680 de los contratos actualmente en la plantilla a las posibilidades presupuestarias de la empresa" (folio 31, documento n.º 18 de la carpeta de prueba de GEACAM S.A., folio 1030)).

SÉPTIMO. El día 4-9-12 hay una nueva reunión, entre la empresa, sus asesores legales y la representación de los trabajadores, que acaba sin acuerdo, fijándose una nueva reunión para el día 7-9-12 (folios 34 a 36, y documento n.º 18 de la carpeta de prueba de GEACAM S.A., folios 1038 a 1043).

OCTAVO. La Dirección General de Relaciones Laborales y Seguridad y Salud Laborales de la Consejería de Empleo y Economía de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha requiere a la empresa GEACAM S.A., mediante Oficio de 7-9-12 (documento n.º 18 de la carpeta de prueba de GEACAM S.A., folio 1045), recibido por la misma en 11-9-12, que se aclare la solicitud de despido colectivo realizada, y el número de trabajadores afectados (folio 37, no debatido), presentando la empresa en 14-9-12 escrito de aclaración de dicho ERE, en el sentido de señalar que el número de extinciones solicitadas por la empresa se fija en una horquilla que oscila entre 680 y 2.022 contratos, proponiendo como medida central lo que denomina "novación a empleo estable", consistente en que los trabajadores que se adhieran a dicha fórmula procedan de forma voluntaria a la extinción de la relación laboral, transaccionando su indemnización por la oferta de un puesto de trabajo en la condición de trabajadores fijos discontinuos, que se materializaría en un período máximo de 5 meses a contar desde la fecha de la extinción de la relación laboral y adscripción del trabajador a la mencionada medida (folios 37 y 38, y documento n.º 18 de la carpeta de prueba de GEACAM S.A., folios 1046 y 1047).

NOVENO. Hubo dos nuevas reuniones dentro del período de consultas, celebradas los días 12-9-12 y 17-9-12, en las que las diversas partes plantearon sus posturas y propuesta, quedando citados a una nueva reunión para el día 19-9-12 (folios 39 a 41, y Documento 18 del ramo de prueba de GEACAM S.A., folios 1048 y 1049).

DÉCIMO. En dicha reunión del 19-9-12, se realizan nuevas alegaciones y propuestas por las partes, concluyendo la empresa que "merece la pena estudiar en profundidad la posibilidad de la suspensión, ya que otorgaría cuatro meses adicionales de desempleo a los trabajadores si pudiera aplicarse al primer período de inactividad", quedando las partes citadas a una nueva reunión (folios 44 y 45, y Documento n.º 18 del ramo de prueba de GEACAM S.A., folios 1070 a 1073).

UNDECIMO. En la reunión del día 25-9-12 se redactó un acta (que obra a los folios 46 y 47, y Documento n.º 18 del ramo de prueba de GEACAM S.A., folios 1083 a 1086), con el siguiente contenido:

Comienza la reunión, la parte empresarial indicando que no es posible aplicar el Ere suspensivo, tras las averiguaciones pertinentes que ha llevado a cabo en los últimos días. Argumenta que tampoco está vigente la subvención de las bonificaciones de las cuotas de la Seguridad Social del 80% siendo únicamente posible la del 50%. Por ello tenemos que retomar el documento anterior para llegar a un acuerdo y si no aplicar el ERE extintivo en los términos que la ley lo permita, el cual deberá estar aplicado antes del 1 de octubre, ya sea con acuerdo o sin él. Así mismo, la empresa manifiesta que la empresa GEACAM se encuentra recogida dentro del Registro de Entes Públicos elaborado por el Ministerio de Economía y Hacienda, lo que imposibilita la aplicación del Art. 47 del Estatuto según lo establecido por la disposición adicional tercera de la reforma laboral. UGT y SIBF preguntan, tras escuchar todo lo vertido en prensa, por CCOO, si ha habido algún acuerdo por parte de CCOO con la empresa, a lo que la empresa contesta que no ha habido ningún tipo de acuerdo sino sólo únicamente lo que se ha expresado en ésta mesa. CCOO señala que el órgano gestor de las prestaciones indica la imposibilidad política de acceder a la suspensión, en cuya apreciación es coincidente la empresa, según lo que CCOO ha escuchado en la reunión de hoy. Pero pese a ello dice que es la mejor manera de afrontar la inseguridad jurídica que también existe con las extinciones y novaciones contractuales que se están planteando. Por la representación de la empresa, se manifiesta que tal y como ha venido sosteniendo la aplicación de la suspensión contractual no resulta aplicable en la situación jurídica existente en la actualidad, y que tal situación exigiría una modificación por parte del Ministerio de Economía de la calificación actual de GEACAM como ente público. SATIF indica, que duda de la legalidad de poder aplicar el fijo-discontinuo a los trabajadores de GEACAM. A su vez hace entrega del documento que debería ser la propuesta de alternativa al ERE de extinción de contratos a 680 trabajadores, y que anexa a esta acta. Tanto UGT como SATIF y SIBF, manifiestan que tienen una responsabilidad ante la decisión de la empresa de extinguir 680 contratos, y por tanto, muestran su predisposición a seguir negociando sobre el documento de las anteriores reuniones. CCOO señala que les falta la relación de trabajadores afectados por el ERE, con datos tan importantes como salario día y antigüedad de los trabajadores, y el documento interno de

aclaración último en el ERE en el que se incluiría a toda la plantilla del dispositivo. La empresa les entrega, en este acto, ambos documentos, pero sin aclarar antigüedad y salario, y manifiesta que debió ser un error no haber incluido dicho documento entre la documentación entregada a ese sindicato pues la misma fue entregada al resto de representaciones sociales. Se ha vuelto a revisar el documento entregado a la representación sindical con fecha 19 de septiembre de 2012, haciendo varias indicaciones al mismo accediendo la empresa a incluir varias cláusulas que se establecerán en el documento definitivo. CCOO no está conforme con el contenido del documento exhibido por la empresa, y presenta en este acto, escrito exponiendo las razones de su desacuerdo, y manifiesta su interés de que se anexe a la presente acta; a lo que la empresa accede. Tras varias manifestaciones, y discusiones, los miembros de UGT, SIBF y SATIF, presentes en este acto, añaden varias cláusulas al documento final. CCOO manifiesta que pese a no suscribir al acuerdo tiene intención de formar parte de la comisión de seguimiento del mismo. Finalmente, la empresa presenta el documento definitivo, que se acompaña como anexo firmado por quienes lo suscriben, a expensas de que el acuerdo final sea ratificado por la Consejería de Agricultura y por las asambleas de los trabajadores. Teniendo en cuenta lo expresado, la empresa manifiesta que la finalización del periodo de consultas en la modalidad de con acuerdo o sin él, se producirá a expensa del resultado de la ratificación del documento por la Consejería de Agricultura y por las asambleas de los trabajadores que se realizarán los días 27 y 28 de este mes. CCOO solicita que la empresa le notifique a su representante sindical el resultado de las asambleas".

DUODECIMO. En la reunión celebrada el siguiente día, 26-9-12, se alcanzó un Preacuerdo, que quedaba pendiente de ratificación por la Asamblea de trabajadores y por la Consejera de Agricultura, que se basaba en el acceso directo a un sistema de jubilación, en una llamada recolocación diferida a empleo estable, y en baja indemnizada, acordando un período máximo de aplicación y vigencia del acuerdo hasta el 31-12-2015 (folios 48 a 52 de los autos, Documento n.º 18 del ramo de prueba de GEACAM S.A., folios 1074 a 1082), conforme ello con lo presentado como "Plan de Empleo" (Documento n.º 12 del ramo de prueba de la demandada). El indicado Preacuerdo no llegó a ser firmado por la Consejera de Agricultura ni por el Consejo de Administración (folio 532, Informe de la Inspección de Trabajo).

DECIMOTERCERO. Convocada una posterior reunión el 30-10-12, se firmó un Acta de finalización del período de consultas, en el que se llegaba a un acuerdo entre los representantes de los Sindicatos UGT, SATIS y SIBF en el Comité Intercentros y la representación de GEACAM S.A. y no haciéndolo los representantes en dicho órgano de CC.OO. que denunciaron irregularidades del procedimiento y del periodo de consultas. Dicho acuerdo quedaba "a expensas de la ratificación del mismo, por parte del consejo de Administración y de la Presidenta del mismo, en el plazo máximo de 15 días desde la firma del mismo, quedando anulada su aplicación en caso de falta de ratificación, y asumiendo en tal caso la empresa los efectos derivados de tal aplicación, volviendo a reponer a los trabajadores a la situación anterior a 31 de octubre de 2012 y haciéndose cargo de los haberes pendientes de recibir. Y siempre que en la celebración de las asambleas del 31 de octubre de 2012 se apruebe por más del 50% de los trabajadores" (folio 53 vuelto, Documento n.º 18 del ramo de prueba de GEACAM S.A., folios 1099 a 1100).

DECIMOCUARTO. El contenido de dicho acuerdo, que obra en los folios 55 a 58, y en los 1101 a 1109, era el siguiente:

1. ACCESO DIRECTO A UN SISTEMA DE JUBILACIÓN.
2. RECOLOCACION DIFERIDA A EMPLEO ESTABLE
3. BAJA INDEMNIZADA

1. ACCESO DIRECTO A UN SISTEMA DE JUBILACIÓN

Podrán estar afectados por la presente medida, aquellos trabajadores que ostenten la condición de hijos de plantilla, con contrato indefinido a tiempo completo, y cumplan los siguientes:

A) Requisitos:

- Tener cumplidos 59 años de edad a 31 de diciembre de 2012.
- Tener cubiertos los requisitos de la Seguridad Social para el acceso a la jubilación anticipada (33 años de cotización a la fecha de la jubilación).
- Ocupar un puesto definido como amortizable o que pueda ser ocupado por un trabajador definido como tal.

B) Régimen de aplicación:

Los trabajadores que, cumpliendo los requisitos establecidos en el párrafo A) anterior, resulten afectados por la presente medida:

- . Extinguirán su contrato de trabajo por causa de su afectación a la medida.
- . Una vez extinguido el contrato de trabajo, el trabajador tendrá derecho a percibir un complemento, con cargo a la empresa, tal que, sumado a la prestación pública de desempleo, subsidio y, en su caso, incapacidad en cualquiera de sus grados, alcance el 78% del salario bruto anual, con el límite del 100% de la pensión máxima del trabajador, establecida por el INSS y hasta el momento en que el trabajador pueda acceder a la prestación de jubilación del Régimen General de la Seguridad Social.
- . Dicho porcentaje se percibirá incluso en los supuestos en que no se perciban las prestaciones aludidas, salvo que la pérdida de las mismas sea imputable al trabajador.
- . El complemento referido en el párrafo anterior se revalorizará en un 2% para el primer año, un 1,8% para el segundo y un 1,5% a partir del tercer año de prejubilación.
- . En el supuesto de fallecimiento del trabajador, desde la fecha de aplicación de la medida, hasta la fecha de cumplimiento de la edad de jubilación, se reconoce el derecho de reversión, a favor de los herederos designados, del 75% de los complementos que, con cargo a la empresa resten por abonar.
- . El trabajador afectado por la presente medida, tendrá derecho a suscribir, con cargo a la empresa, el Convenio Especial de cotización a la Seguridad Social, en las condiciones legalmente establecidas para el mismo y con sometimiento a los requisitos exigidos para el devengo de este derecho.
- . La situación descrita en los párrafos anteriores, se extenderá desde la fecha de acogimiento a la medida, hasta el cumplimiento, por parte del trabajador, de los 65 años de edad, con el límite de 4 años en dicha situación de prejubilación.
- . A la finalización de la situación de desempleo, o subsidio, en su caso, el trabajador accederá a la situación de jubilación anticipada percibiendo la pensión correspondiente de la Seguridad Social.

La empresa por cuestiones técnicas, organizativas, o de racionalidad empresarial, podrá excepcionalizar del acceso a la presente medida, a cualquier trabajador, no pudiendo el mismo verse afectado por ninguna otra medida extintiva de su contrato de trabajo.

Asimismo, la empresa valorará, con carácter alternativo, a la presente medida la posibilidad de aplicación de la jubilación parcial con contrato de relevo de aquellos trabajadores que, cumpliendo los requisitos legales para ello, ocupen puestos con la consideración de "no amortizables".

Compromiso de Acceso a un sistema de Jubilación.

Estarán afectados por la presente medida, aquellos trabajadores que ostenten la condición de fijos de plantilla, con contrato indefinido a tiempo completo y cumplan los requisitos:

A) Requisitos:

- Tener cumplidos 57 años de edad a 31 de diciembre de 2012.
- Al cumplir 59 años de edad, el trabajador deberá tener cubiertos los requisitos de la Seguridad Social para el acceso a la jubilación anticipada (33 años de cotización a la fecha de la jubilación).

B) Régimen de aplicación:

C)

Los trabajadores que, cumpliendo los requisitos establecidos en el párrafo A) anterior, resulten afectados por la presente medida: Extinguirán su contrato de trabajo por causa de su afectación a la medida de cumplir 59 años de edad, momento en que les será de aplicación el mismo régimen que el establecido en la letra B) de la medida "Acceso directo a un sistema de jubilación." La empresa por cuestiones técnicas, organizativas, o de racionalidad empresarial, podrá excepcionalizar del acceso a la presente medida, a cualquier trabajador, no pudiendo el mismo verse afectado por ninguna otra medida extintiva de su contrato de trabajo. Asimismo, la empresa, valorará con carácter alternativo, a la presente medida la posibilidad de aplicación de la jubilación parcial con contrato de relevo de aquellos trabajadores que, cumpliendo los requisitos legales para ello, ocupen puestos con la consideración de "no amortizables", dando prioridad a la bolsa de interinos para cubrir las posibles vacantes.

2. RECOLOCACIÓN DIFERIDA A EMPLEO ESTABLE

Esta medida, tiende a dar soluciones de empleo a excedentes estructurales mediante alternativas que permitan establecer un juego de "compensaciones" orientadas a restablecer los equilibrios necesarios y comprometidos, como criterios orientadores de solución.

Régimen Jurídico

Los trabajadores adscritos a la presente medida, extinguirán su contrato de trabajo a tiempo completo, como medida transaccional por el empleo, accediendo a un contrato de trabajo de carácter Fijo discontinuo con efectos de inicio 1 de marzo de 2013. El nuevo contrato reconocerá la antigüedad de origen a todos los efectos, incluso indemnizatorios, el grupo profesional y nivel. En el mismo día que se comunique la extinción del contrato al trabajador, se firmará un preacuerdo de incorporación como fijo discontinuo a partir del 1 de Marzo de 2013, preacuerdo que incorporara como cláusula adicional el régimen jurídico establecido en esta medida. El trabajador tendrá garantizada la recepción de las prestaciones por desempleo íntegras de parte de la empresa. En el supuesto de que la Entidad Gestora denegara la prestación de desempleo correspondiente a los períodos de inactividad establecidos en la presente medida, es decir, durante los ejercicios 2012, 2013, 2014 y 2015, la empresa optará entre el abono de la prestación por desempleo que habría correspondido al trabajador y la correspondiente cotización, y el abono de la totalidad del salario y las cotizaciones a la Seguridad Social correspondientes a dichos períodos y los trabajadores se mantendrán a disposición de la empresa para llevar a cabo la jornada ordinaria, si así se les ordenara. La jornada de trabajo efectivo anual será la equivalente al 66% (8 meses) para el año 2013, incrementándose dicha jornada al 75% (9 meses) a 2014 y 2015. La distribución horaria de la jornada, se ajustará a lo establecido en el convenio colectivo, pudiendo la empresa ajustar las fechas de desempeño de la prestación de servicios, por el trabajador, a las necesidades de la misma. Siendo la comisión de seguimiento la encargada de velar en el control del llamamiento.

Mientras permanezcan en situación de trabajador fijo discontinuo, les serán de aplicación los posibles futuros incrementos salariales que pudieran establecer los sucesivos Convenios Colectivos de aplicación. Los trabajadores adscritos a la presente medida, tendrán derecho preferente para ocupar las vacantes que puedan generarse, respecto de puestos de trabajo de su misma categoría y especialidad, en régimen de trabajo indefinido a tiempo completo. Los trabajadores que resulten definitivamente adscritos a la presente medida, no podrán verse afectados por extinciones contractuales, colectivas, incluido el despido objetivo, salvo aquellas situaciones de fuerza mayor de imposible previsión a la firma del mismo.

Al 1 de enero de 2016, la empresa ofertará a los trabajadores una nueva novación contractual para retomar a la situación de trabajador indefinido a tiempo completo, en cuyo momento el trabajador podrá optar entre aceptar dicha propuesta o mantener su situación de trabajador fijo discontinuo con carácter definitivo. En caso de incumplimiento por parte de la empresa del compromiso de reincorporación a que se refiere al párrafo anterior, el trabajador podrá optar entre:

. Mantenimiento con carácter definitivo de la situación de contratación como fijo discontinuo de 9 meses, percibiendo el trabajador una indemnización resultante de la aplicación del módulo de (30 días) de salario por año de prestación de servicios, sin límite de mensualidades, computando como base salarial la diferencia salarial anual, computando la totalidad de la antigüedad real del trabajador en el dispositivo, así como una penalización de una mensualidad del salario bruto del trabajador.

. Extinción de la relación laboral con la empresa con derecho a percibir una indemnización de 35 días de salario teniendo en cuenta la antigüedad real en el dispositivo, sin límite de mensualidades, más dos mensualidades de salario.

En el caso anterior, la empresa obligatoriamente repondrá económicamente al trabajador el desempleo consumido.

En el supuesto de que la Entidad Gestora denegara la prestación de desempleo correspondiente a los períodos de inactividad establecidos en el segundo párrafo de este apartado, es decir, durante los ejercicios 2012, 2013, 2014 y 2015, la empresa optará entre el abono de la prestación por desempleo que habría correspondido al trabajador y la correspondiente cotización, y el abono de la totalidad del salario y las cotizaciones a la Seguridad Social correspondientes a dichos períodos y los trabajadores se mantendrá a disposición de la empresa para llevar a cabo la jornada ordinaria, si así se les ordenara.

3 BAJA INDEMNIZADA.

Los trabajadores afectados por la presente medida tendrán derecho a percibir, como consecuencia de la extinción de su contrato de trabajo la indemnización que resulta al aplicar la suma de los factores siguientes:

- A) Factor A: (20 días) de salario por año de prestación de servicios, con el límite de 1 año.
- B) Factor B: Inversamente proporcional al salario neto:

Salarios inferiores a 1.200 euros al mes....(5) días por año

Salarios superiores a 1.200 euros al mes inferiores a 2.000 euros al mes....(4) días por año

Salarios superiores a 2.000 euros....(3) días por año

C) Factor C: Directamente proporcional a la edad del trabajador.

Entre 50 y 56 años de edad..... (5) días por año
 Entre 45 y 50 años de edad..... (4) días por año
 Inferiores a 45 años de edad..... (3) días por año

Cuarto. *Comisión de seguimiento*

Conscientes las partes firmantes del presente acuerdo de la conveniencia que tiene la existencia de unos cauces adecuados, se crea una comisión paritaria de seguimiento, para el mayor cumplimiento y desarrollo del mismo, así como el mejor entendimiento entre la Empresa y la Representación Legal de los Trabajadores, que tendrá competencia para desarrollar las siguientes funciones, entre otras: Seguimiento, puesta en marcha y cumplimiento del acuerdo firmado entre la Empresa y la Representación Legal de los Trabajadores. Conocimiento, con carácter previo a cualquier otra vía o instancia, de los conflictos interpretativos que de la aplicación de este acuerdo pudieran surgir. La citada Comisión establecerá sus normas de funcionamiento elaborando a este efecto el correspondiente reglamento de la comisión. Esta Comisión estará formada por un máximo de (16) miembros, (8) de los cuales corresponderán a la representación de la empresa, y (8) a los representantes de los trabajadores, con igual proporción de representación por cada uno de los sindicatos con presencia en el comité intercentros, las cuales podrán asistir con dos asesores por representación. El tiempo necesario que requieran los representantes de los trabajadores para las funciones de esta comisión no computará como crédito horario. Durante la aplicación del presente acuerdo, la citada comisión de seguimiento se reunirá al menos 1 vez al mes o siempre y cuando por cualquiera de las partes lo estimen necesario.

Quinto.

Que por medio del presente acuerdo las partes acuerdan la denuncia del convenio colectivo de aplicación y acuerdan la negociación del mismo sobre las legalmente exigibles bases de la buena fe, comprometiéndose la empresa a aplicar la ultraactividad del contenido normativo del convenio en los términos legalmente establecidos hasta la finalización del periodo de aplicación del presente acuerdo.

Sexto.

Que las partes acuerdan que las condiciones establecidas en el presente acuerdo serán subrogables a cualquier empresario adjudicatario del servicio según lo dispuesto en el art. 44 del E.T .

Séptimo.

La empresa se compromete a promulgar la creación de una agencia de desarrollo empresarial (ADE) al objeto de estudiar y buscar posibles trabajos alternativos a contratar por la empresa y que puedan ser realizados por los trabajadores de la plantilla de la empresa.

Octavo.

Que con la firma del presente documento, las partes dan por finalizado el periodo de discusión de consultas del expediente de regulación de despidos colectivos número NUM000 en la modalidad de "CON ACUERDO" acordando expresamente las partes, un periodo máximo de aplicación y vigencia del presente acuerdo hasta el 31 de diciembre de 2015. Asimismo, las partes acuerdan que el presente acuerdo sea de aplicación con efectos del día 1 de noviembre de 2012, sin perjuicio de lo cual la empresa se compromete a la ratificación del mismo por parte del consejo de Administración y de la Presidenta del mismo, en el plazo máximo de 15 días desde la firma del mismo, quedando anulada su aplicación en caso de falta de ratificación, y asumiendo en tal caso la empresa los efectos derivados de tal aplicación, volviendo a reponer a los trabajadores a la situación anterior a 31 de octubre de 2012 y haciéndose cargo de los haberes pendientes de percibir, Y siempre que en la celebración de las asambleas del 31 de octubre de 2012 se apruebe por más del 50% de los trabajadores."

DECIMOQUINTO. Con fecha 14 de noviembre se produjo la Ratificación del Preacuerdo por parte del Consejo de Administración de Gestión Ambiental de Castilla-La Mancha, conforme lo firman la Presidenta del mismo y la Secretaria, y lo manifiestan en escrito del siguiente tenor literal: "Con fecha 14 de noviembre de 2012 se ha celebrado reunión del Consejo de Administración en el que uno de los puntos del orden del día era la aprobación por el Consejo de Administración del Preacuerdo sobre la reordenación de los trabajadores. El

Consejo ha ratificado el Preacuerdo del 30 de octubre de 2012 y se ha valorado el esfuerzo de los trabajadores habiéndose desarrollado el proceso con normalidad" (folio 59 de los autos, no cuestionado, y Documento n.º 26 del ramo de prueba de GEACAM S.A., folio 1155).

DECIMOSEXTO. De dicha ratificación se informó a los representantes de los trabajadores en una reunión celebrada con el Comité Intercentros el siguiente día 15-11-12 (folio 60), planteándose diversas cuestiones en relación con su contenido, planteándose por el Comité que vinieran a las reuniones de seguimiento los asesores legales de la empresa "ya que son ellos los que han redactado el preacuerdo" (folios 60 a 61 vuelto, Documento número 28 del ramo de prueba de GEACAM S.A., folios 1167 a 1169, no cuestionados).

DECIMOSEPTIMO. Por la representación de GEACAM S.A. se presenta escrito ante la Dirección General de Relaciones Laborales y Seguridad Social de la Consejería de Empleo y Economía de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, en fecha 16-11-12, mediante el que se le comunica la terminación del Expediente de Regulación de Empleo con acuerdo, indicándose como número de trabajadores afectados por el mismo, el de 1981, adjuntando listado nominal de trabajadores del personal de estructura afectados por el mismo (Documento número 24 del ramo de prueba de GEACAM S.A., folios 1130 a 1150, no cuestionado).

DECIMOCTAVO. Por la empresa demandada se Certifica, a través de D^a Esther, que, a fecha 4-3- 13, hay en alta un total de 2.072 personas, de ellas 1.789 del personal afectado por este ERE, a los que se les extinguió el contrato y que han sido recolocados (Documento número 1 del ramo de prueba de GEACAM S.A., no cuestionado de contrario, folios 803 y 804), con fecha 1-3-13 según se manifiesta en el acto de juicio por la representación de la empresa y no es cuestionado de contrario. Constan aportados diversos contratos de trabajo para la realización de trabajos fijos discontinuos, por tiempo indefinido, fechados en 1-1-13 (folios 559 a 567 y 575, no cuestionados).

DECIMONOVENO. En las documentación presentada por GEACAM S.A. se señala, al referirse a las cuentas de pérdidas y ganancias correspondientes a los años 2010 y 2011, a un resultado positivo de 145.972,84 euros y de 39.693,12 euros respectivamente (folio 284), de 301.610,05 euros en 2009, y de 1.914.341,83 en 2008 (folio 339 vuelto). El resultado de pérdidas y ganancias de los cinco primeros meses del año 2012 alcanza la cifra de -121.123,32 euros (folio 390), con un patrimonio neto y pasivo de 142.494,708,07 euros (folio 389, y Documentos 3, 4 y 5 del ramo de prueba de la demandada, folios 848 a 920).

VIGESIMO. En la Memoria explicativa de las causas que justifican la aplicación del Expediente de Regulación de Empleo en la Empresa Pública de Gestión Ambiental de Castilla-La Mancha S.A. de 13-8-12, que se acompaña con la comunicación de inicio del mismo, se alude a la adopción de medias que se consideran necesarias, entre ellas, en relación con el personal del dispositivo de incendios, la de extinción de contratos en torno a 660 personas, o la de jornada de trabajo efectivo anual equivalente al 66% de la actualmente establecida para el 100% de la plantilla (folio 75, documento número 13 del ramo de prueba de la demandada, folios 969 a 982), no especificándose los criterios para la selección del personal afectado".

Quinto.

Preparado recurso de casación por Gestión Ambiental de Castilla- La Mancha (GEACAM, S.A.), se ha formalizado, mediante escrito de fecha 2 de julio de 2013, en él se consignan los siguientes motivos: PRIMERO Y SEGUNDO- Al amparo del art. 207.d) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, por error en la apreciación de la prueba basada en documentos que obran en autos. TERCERO- Al amparo del art. 207.e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, por infracción del art. 124 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social en relación con el art. 51 del Estatuto de los Trabajadores y art. 12 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre . CUARTO y QUINTO - Al amparo del art. 207.e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, por infracción del art. 51 del Estatuto de los Trabajadores y Real Decreto 1483/2012. SEXTO- Al amparo del art. 207.e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, por infracción del art. 51 del Estatuto de los Trabajadores .

Sexto.

Evacuado el traslado concedido para la impugnación del recurso, se emitió informe por el Ministerio Fiscal, en el sentido de que el recuso debe ser estimado en cuanto a los motivos primero, quinto y sexto y desestimado el resto.

Séptimo.

En Providencia de fecha 5 de noviembre de 2013 y por necesidades de servicio se designó como nuevo Ponente al Magistrado Excmo. Sr. D. Miguel Angel Luelmo Millan.

Octavo.

Por Providencia de fecha 3 de febrero de 2014, la Sala estimó que, dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, procedía su debate en Sala General. A tal efecto, se señaló el día 12 de marzo de 2014, para su celebración, convocándose a todos los Magistrados de la Sala, lo que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La sentencia del TSJ de Castilla La Mancha de 16 de abril de 2013 estima la demanda de despido colectivo de los miembros del comité intercentros de la empresa demandada del sindicato de CCOO y del Secretario Regional de la Federación Agroalimentaria de dicho sindicato y declara la nulidad del acuerdo alcanzado en el ERE NUM000 y, en su consecuencia, de la decisión empresarial derivada del mismo. Tal resolución es recurrida en casación por la empresa Gestión Ambiental de Castilla La Mancha (GEACAM) por medio de seis motivos, los dos primeros referentes a la relación fáctica con propuesta de modificación de la mención que se hace a la situación económica y presupuestaria de la empresa en su ordinal décimonoveno para sustituirla por un hecho vigésimo del tenor literal que menciona acerca del presupuesto total de GEACAM para el año 2011 y cuanto de más incluye, todo lo cual previamente relaciona con el hecho séptimo de la sentencia de esa misma Sala de 1 de febrero de 2013 (motivo primero) y (motivo segundo) la incorporación, dice, de un hecho vigésimo sin reparar, al parecer, que en el motivo anterior ya ha propuesto otro con esa misma numeración y sin determinar tampoco si debe suprimirse el que con tal número aparece en la sentencia o se trata, en realidad, de un hecho posterior al mismo y que, en consecuencia, debería ser, en realidad, el vigésimoprimer. A todo ello añade los cuatro motivos siguientes que denuncian diversas infracciones normativas, la primera (motivo tercero) referente a la caducidad de la acción y la interpretación que la Sala hace del art 124 de la LRJS en la redacción dada por la Ley 3/2012 y la jurisprudencia correspondiente en relación con el art 51 del ET y con el art 12 del RD 1483/2012, de 29 de octubre ; la segunda (cuarto motivo) vuelve sobre el art 51 del ET y el art 3 del RD mencionado; la tercera (quinto motivo), con relación al tan repetido art 51 del ET y el 7.1 de ese RD, y la cuarta (motivo sexto), una vez más, acerca del art 51 del ET "y la jurisprudencia que, en relación con el mencionado precepto (se ha pronunciado) sobre la existencia de la causa alegada", sin que en dicho motivo se concrete la misma.

Impugna la parte actora y el Ministerio Fiscal se pronuncia en pro del acogimiento de los motivos primero, quinto y sexto y de la desestimación de los restantes.

Segundo.

Con carácter previo se ha de examinar la cuestión de inadmisibilidad del recurso planteada por la parte actora en su escrito de impugnación aludiendo al art 8 de la Ley 10/2012 y al pago de la tasa judicial tras requerimiento por diligencia de ordenación de 29 de mayo de 2013 "que resultó formalmente cumplimentado por la mercantil recurrente; sin embargo, la liquidación efectuada no resulta ajustada a la legalidad", según entiende dicha parte.

Según declaró ya al respecto nuestra sentencia de 25 de noviembre de 2013 (rc 87/2013) una vez cumplido el requisito de ingreso (tal y como en este caso admite la propia parte impugnante y consta a los folios 598-600 de las actuaciones ante esta Sala), "ha de estimarse cumplido el requisito establecido en el art 8.2 de la mencionada Ley 10/2012 a los meros efectos de tramitación del recurso, sin que sea función ni competencia de esta Sala el proceder a comprobar la corrección de la liquidación practicada".

Tercero.

En cuanto al primero de los motivos del recurso y reseñadas ya algunas de las deficiencias expositivas del mismo, la parte recurrente señala que su propuesta revisora, "tiene especial trascendencia de cara al fallo en el presente procedimiento puesto que la determinación exacta de la situación económica real de la empresa tendrá una incidencia real en la valoración de la causa alegada por la empresa de carácter económico, así como en la definición de la proporcionalidad de las medidas propuestas por la empresa".

La parte actora en su escrito de impugnación se opone a dicha revisión porque la propuesta carece de trascendencia directa y los extremos interesados no han sido objeto de debate, habiendo sido fijados en un procedimiento judicial distinto.

Lo cierto es que la exposición del motivo resulta confusa con la alusión a un hecho séptimo de una sentencia anterior de la propia Sala del TSJ de 1 de febrero de 2013 cuyo texto es lo que se pretende transcribir, de modo que es ese ordinal de dicha resolución y ninguna otra cosa el contenido de la modificación fáctica propuesta, no siendo, por otra parte, idóneo un documento de esa clase a tal fin, sin que, como sostiene la parte actora, se vea tampoco la trascendencia que la parte recurrente dice, no cabiendo olvidar que todo cuanto se

argumenta por la sentencia recurrida como base de su fallo, gira en torno a la existencia de fraude de ley, que es cuestión distinta, y que lo que añade respecto a la insuficiencia de justificación económica en el quinto punto de su quinto fundamento de derecho lo hace meramente a mayor abundamiento y puede contradecirse a la vista de lo que previamente declara probado en su hecho décimonoveno, al que más adelante se volverá a hacer referencia, aludiéndose previamente, en fin, en el hecho sexto a la alegación empresarial de la necesidad de "cumplir con la estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera", que no se dice que se discutiera, por todo lo cual el motivo no ha de prosperar, sin perjuicio de que se admita, como se deduce de lo últimamente apuntado y más adelante se verá, la existencia de la crisis.

Cuarto.

Por lo que hace al segundo, busca, según se apuntaba, "la incorporación a la sentencia de un hecho probado vigésimo" que diga, en sustancia, que la empresa presentó el 31/10/2012 un escrito en la Dirección General competente de la Consejería de Empleo y Economía de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha "mediante el que se le comunica la terminación del período de consultas con acuerdo", citando al efecto la documental de los folios 516-517 de los autos. Trata de justificar dicha parte esa propuesta arguyendo que "la determinación del dies a quo a efectos del cálculo de la caducidad de la acción forma parte esencial de la discrepancia" y que "la Sala utiliza el momento de la comunicación como punto esencial a la hora de determinar la falta de caducidad de la acción".

Al respecto, el M.º Fiscal manifiesta que "hasta el 14.11.2012 no se produjo la ratificación por parte del consejo de administración de la empresa del acuerdo alcanzado en la comisión negociadora del ERE (hecho probado décimoquinto) resultando, por tanto, intrascendente la adición...".

El ordinal referido, que no se discute, dice que el 14 de noviembre (de 2012) se produjo la ratificación del preacuerdo por parte de dicho consejo, de manera que de ese incombustible hecho se infiere que lo inicialmente acordado era un preacuerdo sujeto a ratificación que, en consecuencia, hasta que no se efectuaba, no tornaba aquél en verdadero acuerdo y, por tanto, si no se ataca este ordinal décimoquinto, no procede adicionar nada, que constituiría, de algún modo, una contradicción con aquél o, cuanto menos, una precisión necesaria en su propio texto que no se ha sugerido y que, de todos modos, en función de lo antedicho, no puede tener cabida en el relato, por lo que dicho motivo ha de decaer, lo que se refuerza con la referencia que la propia parte recurrente hace al hecho décimotercero de la sentencia recurrida -igualmente indiscutido- donde claramente consta que el 30/10/2012 se llegaba a un acuerdo que "quedaba a expensas de la ratificación del mismo por parte del consejo de administración y de su presidenta" en un plazo de quince días desde su firma "quedando anulada su aplicación en caso de falta de ratificación y asumiendo en tal caso la empresa los efectos derivados de tal aplicación, volviendo a reponer a los trabajadores a la situación anterior al 31 de octubre de 2012.....y siempre que en la celebración de las asambleas de 31 de octubre de 2012 se apruebe por más del 50% de los trabajadores", es decir, que, como es lógico, esa ratificación no quedaba a expensas de los órganos de la empresa exclusivamente sino también de las asambleas de los trabajadores del 31/10/012 y lo que en ellas se aprobase por mayoría.

Quinto.

El tercero aborda la cuestión, ya mencionada, de la caducidad de la acción y la interpretación que hace la Sala del art 124 de la LRJS actualmente vigente, sosteniendo que se ha sobrepasado el período establecido para el ejercicio de la acción efectuando el cómputo del plazo desde el 31 de octubre de 2012 porque el acuerdo se habría alcanzado según dicha parte, el día anterior, que constituiría, según la misma, el dies a quo al respecto, de manera que, en consecuencia, habría de apreciarse la excepción de caducidad que la sentencia recurrida rechaza en su extenso segundo fundamento de derecho, debiendo tenerse en cuenta que este motivo depende, en definitiva, del acogimiento del anterior, que ha sido desestimado, por lo que ha de correr la misma suerte negativa, que es lo que también propone el M.º Fiscal señalando que "como se dice en el fundamento de derecho segundo de la sentencia, el 30.10.2012 se alcanzó, en realidad, un preacuerdo entre los negociadores porque para que hubiera un acuerdo se estipuló que debía ser ratificado por el consejo de administración de GEACAM S.A., lo que sólo aconteció el 14.11.2012, de manera que la demanda se presentó dentro de los 20 días previstos en la Ley".

Sexto.

El cuarto se refiere al período de consultas y señala que los criterios de definición del personal afectado se produce en función de la adscripción individual y voluntaria a las diferentes medidas del plan social, "de forma que resulta imposible para la empresa definir a priori la identificación concreta de los trabajadores afectados, puesto que tal circunstancia dependerá de la voluntad individual de los mismos", volviendo a la sentencia del propio TSJ de 1 de febrero de 2013 y lo que la misma argüía al respecto en su segundo fundamento de derecho. Y con independencia de que lo que se haya podido razonar en tal sentido no vincularía a priori a esta Sala, e incluso si

hubiera conformidad con ello, la cuestión no es ésta en lo que a la resolución del asunto que ahora se decide, pues tal y como igualmente expone el M.º Fiscal en este punto oponiéndose al motivo, "la sentencia no declara la nulidad del ERE por incumplimiento del art 51.1.c) ET ni de los preceptos mencionados del RD 1483/2012 (en realidad el RD aplicable es el 801/2011) y así dice el fundamento de derecho tercero que la falta de determinación del ámbito personal en cuanto al número de afectados y los criterios de selección sería un incumplimiento insuficiente en cuanto que la denuncia que se realiza es la de no haberse entregado la documentación a los miembros del sindicato demandante, pues realmente la obligación debe entenderse que va dirigida al órgano de representación de los trabajadores en cuanto tal, no de modo individual a sus diversos componentes personales o sindicales". En efecto, lo que la sentencia recurrida dice sobre el particular en el razonamiento precitado es que la empresa no cumplió la exigencia de determinar el número de trabajadores afectados por el expediente, al pasar de una propuesta inicial de extinción de los contratos de 680 trabajadores a un número de 2020 afectados, y al no concretar tampoco los criterios utilizados para su selección pero, de todos modos, a ello le da un valor residual o meramente complementario que no es el que sustenta su fallo al decir que "no es suficiente en cuanto a la denuncia que se realiza de no haberse entregado la documentación a los miembros del sindicato demandante para que indica (quiere decir "incida") en la legalidad del acuerdo pues la obligación debe entenderse que va dirigida al órgano de representación de los trabajadores en cuanto tal (art 51.2 ET) en su condición de interesados en el mismo (art 3 del RD 801, de 10-6-11, que era aplicable), no de modo individual a sus diversos componentes personales ni sindicales, siendo ésta una cuestión de mero funcionamiento interno del propio comité". Del mismo modo, tampoco valora con trascendencia la ausencia del requisito ex art 51.10 del ET de ofrecimiento empresarial de un plan de recolocación externa, por lo que nada de todo ello precisa combatirse al no tener repercusión efectiva en la solución dada al caso por el órgano jurisdiccional, que, en fin, no ha tratado tampoco de introducir ninguna previsión revisión fáctica en tales extremos por lo que reducida la cuestión a los exclusivos efectos dialécticos, el motivo no puede prosperar, cabiendo dejar constancia, no obstante, de que la finalidad del periodo de consultas es la de buscar alternativas a los despidos, y una de ellas puede ser la novación que aquí se establece para transformar el contrato a tiempo completo en contrato fijo discontinuo con posterior recuperación de la contratación a tiempo completo, una finalidad lícita para hacer frente a una crisis de empleo que no vulnera ninguna norma del ordenamiento jurídico. Esto es posible, pese a lo que establece el art. 12.4.e) del ET, porque éste se refiere a la modificación por decisión unilateral del empresario o por la vía del art. 41.1 del ET, pero no alcanza a otras vías en la que cabe el acuerdo con el trabajador afectado o con los representantes de los trabajadores. Así se advierte de la propia limitación de la prohibición al n.º 1 del artículo citado y de lo que prevén los arts. 47 y 51 ET . Otra interpretación haría imposible las reducciones de jornada como medida de solución de las crisis.

Séptimo.

En lo que se refiere al quinto, aborda la cuestión clave del fraude de ley en el acuerdo alcanzado por las partes en el expediente, lo que la sentencia recurrida aprecia en su motivo quinto, del que el sexto constituye un mero apéndice dialéctico con el que se cierra el razonamiento previo al fallo, siguiendo la misma senda operativa la parte recurrente con el quinto y el sexto -y último- motivo, mencionándose en ambos la misma infracción normativa y resultando el postrero un esfuerzo final de justificación de su actuación y, por tanto, de la inexistencia del fraude, todo lo cual se trata de sostener en la negativa situación económica sufrida por la empresa por haber disminuído la fuente de ingresos como consecuencia de la reducción de sus encomiendas y encargos y su elevado endeudamiento y la drástica reducción presupuestaria sufrida por la misma que la habría llevado a tratar de realizar un ajuste en su plantilla, por lo que los dos son susceptibles de tratamiento conjunto.

Ambos motivos son propuestos de acogida por el M.º Fiscal en el encabezamiento de su informe, de lo que se deduce su posición favorable al acogimiento mismo del recurso, lo que se sostiene, en primer lugar, en que considera que no cabe hablar de fraude de ley, en cuanto se está, en definitiva, en presencia de una novación no extintiva sino temporal de los contratos de trabajo, por lo que se justificaría, según dicho Ministerio Público, la falta de puesta a disposición de los trabajadores de la indemnización que les hubiera correspondido si realmente tal extinción hubiera tenido lugar, añadiendo que "tampoco puede sostenerse que se haya intentado eludir los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad ni la ley presupuestaria de Castilla-La Mancha", concluyendo, tras exponer la, de modo sostenido, decreciente situación económica positiva de la demandada entre 2008 y 2011 y un resultado ya negativo en los cinco primeros meses de 2012, con que "no hace falta ser un experto economista para deducir que el nivel de pérdidas en el año 2013 sería elevadísimo, por lo que estaría plenamente justificado que se redujeran los gastos de personal que suponen el 79% del gasto de la empresa (según Memoria)" y, en fin, en lo que resulta el cierre de su argumentación, con que "el hecho de que la Junta de Castilla La Mancha sea la propietaria única de la empresa y que tenga que asumir la prevención y extinción de incendios de su comunidad es lo que le lleva a suponer que, pasada la época más aguda de la crisis y la necesidad de ajustarse a los objetivos marcados por la estabilidad financiera, pueda aumentar las encomiendas a GEACAM a partir de 2016, pero eso no significa que la situación actual y próxima futura de GEACAM sea penosa

(si fuera una empresa privada tendría que estar en concurso de acreedores) y por tanto sea proporcional y más adecuada que la extinción de contratos la suspensión temporal de los mismos, que es lo que se acordó con la mayoría de los representantes de los trabajadores y fue ratificado en asambleas". A pesar de una cierta dificultad en la dicción de este último párrafo, el posicionamiento, como se ha dicho, parece resultar favorable a la estimación del recurso, siendo necesario contrastarlo con lo que en el quinto fundamento de derecho de la sentencia recurrida y su complementario sexto se argumenta sosteniendo la pretensión demanda.

Aduce la Sala en los cinco puntos (el último a mero mayor abundamiento) de su referido quinto razonamiento, que viene a ser sostenido, como los anteriores, en el escrito de impugnación:

a) que "lo que se plantea en el ERE tramitado es una extinción contractual que conforme a la propia empleadora, alcanza finalmente a un total de 1789 trabajadores, pero en realidad lo que se hace, conforme a una peculiar construcción, es una simulación de extinción contractual toda vez que se dice que se hace con promesa de "recolocación diferida consistente en una nueva contratación realizada finalmente a partir de 1-3-13 de esos mismos trabajadores con reconocimiento de la antigüedad inicialmente como trabajadores fijos discontinuos para volver a la condición de fijos ordinarios a partir de 2016 y con el compromiso por parte de la empresa de que el trabajador tendrá garantizada la recepción de las prestaciones por desempleo íntegras de parte de la empresa; en el supuesto de que la entidad gestora denegara la prestación por desempleo correspondiente a los períodos de inactividad establecidos en la presente medida, es decir, durante los ejercicios 2012, 2013, 2014 y 2015, la empresa optará entre el abono de la prestación por desempleo que habría correspondido al trabajador y la correspondiente indemnización y el abono de la totalidad del salario y las cotizaciones a la Seguridad Social correspondientes a dichos períodos y los trabajadores se mantendrán a disposición de la empresa para llevar a cabo la jornada ordinaria si así se les ordenara", en lo que la Sala de instancia ve una "utilización inadecuada, para una finalidad distinta de la prevista por la norma, de la posibilidad extintiva que permite el art 51 del ET, toda vez que se reconvierte esa decisión, sin sustento normativo alguno, en una situación peculiar distinta de la formalmente llevada a cabo, con reanudación posterior de la vinculación laboral, si bien sea temporalmente transformada en una relación que se dice fija discontinua con reanudación de la relación a jornada ordinaria a partir de 2016 y con plena asunción de responsabilidad por la empleadora para el caso de que la entidad gestora de desempleo no considerara que tal situación era acreedora del derecho a la prestación.....situación claramente alejada de la legalidad puesto que la situación de aseguramiento social no depende de la voluntad empresarial sino de la existencia de un vínculo contractual (art 7.1.a) de la LGSS)..... lo que supone una actuación realizada en fraude de ley..... debiendo señalarse que las posibilidades de la negociación y la creatividad negociadora de las partes o de sus asesores tiene un límite claro en el contenido de la ley que no se puede sobrepasar ni aunque haya sido aceptado por los afectados".

Dicha tesis no es atendible, al no poderse percibir el referido fraude normativo en ese comportamiento pues no se ve defraudada la única norma que se menciona en tal sentido (el precitado art 7.1.a) de la LGSS), que se refiere exclusivamente a la extensión del campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena que presten sus servicios en las condiciones establecidas en el art 1.1 del ET, condición que ostentan, en principio, los trabajadores afectados por el presente procedimiento, de modo que, cuanto menos, habría de ponerse en relación ese precepto con alguno de los que regulan la prestación por desempleo en esa misma LGSS y normativa complementaria y, de todos modos, la idea es la de que la cobertura aseguradora tenga un determinado alcance y si lo que la legislación establezca impide tal previsión, la sustituirá el propio compromiso empresarial en los términos que constan en el acuerdo que la sentencia transcribe, lo cual no constituye fraude alguno y corresponde al estricto ámbito del principio de autonomía de la voluntad que preside cualquier pacto y que ha de respetarse en tanto en cuanto no sea claramente perjudicial para una de las partes del mismo sin causa justificada para ello.

b) En segundo lugar, la sentencia aprecia con el acuerdo la vulneración del art 54.1 del ET en relación con el art 53.1 del mismo texto porque entiende que no se pone a disposición de cada trabajador afectado por el mismo y simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio y su prorratea, sustituyéndose, a pesar de ser irrenunciable, por una promesa de "recolocación diferida a empleo estable", entendiéndose que lo que en realidad se persigue y dice que así lo sostienen los "recurrentes" (quiere decir demandantes) es una suspensión temporal del contrato encubierta bajo una apariencia de extinción contractual, lo que contravendría el art 214.2 de la LGSS en lo que determina de cotización a cargo de la empresa durante la situación de desempleo en los casos de reducción de jornada o suspensión del contrato, ocultándose, por otra parte, el carácter voluntario de la novación, que no sería, por tanto, una situación de desempleo, lo cual tampoco es compatible porque el acuerdo en este punto no supone la libre decisión de los trabajadores de ninguna extinción sino la necesidad de aceptarlo ante la situación existente y sin perjuicio de que, si se considerase la extinción como suspensión, pueda ser operativa la previsión del precepto mencionado, lo que no exige entender que el acuerdo mismo haya de declararse nulo por fraudulento, porque no se persigue con él y al amparo del texto de una norma, un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, que es como define tal fraude el art 6.4 del CC .

Lo acordado, según lo refiere el hecho décimocuarto del relato de la sentencia recurrida, es que se extingue el contrato a tiempo completo con tres posibles soluciones, según los casos: acceso directo a un sistema específico de jubilación, recolocación diferida a empleo estable y baja indemnizada, de manera que la novación mencionada se referiría sólo a la segunda posibilidad. En este punto, la Sala comparte la tesis del M.^o Fiscal de que tanto del RD 801/2011 en su art 9 como del RD 1483/2012 en su art 8 se infiere que la finalidad del ERE es evitar o reducir los efectos del expediente de regulación de empleo con medidas tales como recolocación interna, entre otras, y que si la pretensión inicial era extinguir definitivamente y luego derivó, tras las consultas y negociaciones, en una novación no extintiva y temporal de los contratos de trabajo en los términos del art 47 del ET, ya de antemano, no cabría la indemnización referida y en ello, en todo caso, no puede verse fraude normativo porque no hay constancia suficiente de que se haya perseguido el fin o resultado que la norma reguladora califica, como se ha dicho, de prohibido por el ordenamiento jurídico, sino que cuanto aparece acordado ha de contemplarse en el marco o contexto de esas negociaciones que culminan con el cierre de unas medidas que pretenden asegurar un resultado de cobertura económica y social en donde el impacto de la medida sea lo menor posible para los afectados, lo que implica siempre un juego de alternativas que individualmente consideradas pueden arrojar alguna deficiencia pero que han de ser valoradas en su conjunto como solución global del problema y adecuada a los grupos previamente establecidos de dichos trabajadores como mejor fórmula de acercamiento de dichas medidas a cada individuo en particular sin perder de vista por ello esa globalidad en la solución.

c) Lo mismo sucede con el argumento de que si lo que se plantea es una contratación ex novo en 2013 se estaría inaplicando la obligación de convocatoria pública de los puestos de trabajo con exclusión de las personas que pudieran estar interesadas en concurrir, porque tampoco se ve en ella la intención o ánimo a que alude la resolución recurrida con cita de nuestra sentencia de 19 de junio de 2005, pues es evidente que no se trata de una contratación general o indiferenciada la que se produciría en 2013 sino precisamente la que tiene que ver con este caso y con el compromiso de recolocación que, como se ha indicado, es acorde con la normativa reglamentaria precitada.

d) En lo referente a la vinculación de la empresa demandada como entidad mercantil integrada en el sector público regional y propiedad de la Junta de Comunidades de Castilla- La Mancha con lo que ello supondría de sujeción a la Disposición Adicional Décima de la Ley autonómica 10/2012, de 20 de diciembre de 2012 de presupuestos generales de esa Comunidad para 2013 respecto a la contratación de personal, debe repararse, en primer lugar, que el acuerdo es anterior a dicha norma y que en ella se prevén casos excepcionales entre los que, en función de las condiciones y circunstancias concurrentes en este caso, podría considerarse incluido el mismo y, desde luego y, en segundo lugar, no es posible estimar que haya habido fraude normativo con tal acuerdo respecto de una norma aún no nacida cuando aquél se suscribió.

e) Por último se arguye -pero sólo, como se ha anticipado, como tesis "a mayor abundamiento"-, que "tampoco parece que pueda considerarse clara la justificación económica esgrimida por la empleadora codemandada" por la "escasa entidad cuantitativa del déficit" y por haberse ofrecido la propia empleadora al pago de los salarios de todo el personal y las cotizaciones de seguridad social si la entidad gestora del desempleo no asumiese la prestación, lo cual, en esos términos, carece de mayor relieve por su carácter en parte especulativo e inconcreto al faltar para efectuar tal aseveración, el elemento comparativo entre pérdidas (reales y previstas) y gastos del acuerdo, suponiendo, de antemano, la tesis de sentencia y de los actores una cierta contradicción con el hecho décimonoveno de la relación fáctica, del cual cabe efectuar una diferente lectura, de la que se infiere, sin lugar a dudas, que si en 2008 hubo un resultado económico positivo de 1.914.341,83 euros que descendió contundentemente a 301.610,05 euros en 2009, a 145.972,84 euros en 2010 y también de modo apreciable a 39.693,12 euros en 2011, con un resultado ya negativo en los primeros cinco meses de 2012 de -121.123, 32 euros, existe causa de esa clase, tal y como sostiene el M.^o Fiscal remitiéndose precisamente a esos datos, que en relación con el texto del art 51.1 del ET en lo que se refiere a las causas económicas, permiten justificar la medida acordada con la mayoría de los representantes de los trabajadores y ratificada posteriormente por sus representados en las asambleas al efecto, sin que haya evidencia suficiente, como se ha dicho, de que el compromiso económico o de gasto para la empresa que ésta asumió con el acuerdo hubiera de ser mayor que el descenso económico sostenido y las pérdidas que habían comenzado a generarse, cuya prosecución y aumento se trataba de evitar con el mismo, porque, como indica el M.^o Fiscal y se ha transcrito, no resulta difícil prever, dada la trayectoria que las cifras referidas indican de constante e importante descenso y finalmente negativas ya en el primer semestre de 2012, que "el nivel de pérdidas en el año 2013 sería elevadísimo" o al menos apreciablemente empeorado y que así continuaría de futuro sin posibilidad clara de mejoría de no adoptarse alguna medida debidamente negociada y consensuada como ha sido el acuerdo objeto de litigio.

De todo cuanto antecede se deduce la estimación de los dos últimos motivos y del recurso mismo.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación, formulado por GESTION AMBIENTAL DE CASTILLA LA MANCHA (GEACAM S.A.), contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de fecha 16 de abril de 2013, en actuaciones seguidas por DON Constantino, DON Millán, DON Santos, DON Carlos Francisco, DON Adrian Y DON Calixto, en su condición de Secretario General Regional de la Federación Agroalimentaria de CCOO Castilla-La Mancha, contra GESTION AMBIENTAL DE CASTILLA LA MANCHA (GEACAM S.A.), y en su condición de miembros del Comité Intercentros de GEACAM, S.A. a DON Eugenio (UGT), DOÑA Leonor (UGT), DON Indalecio (UGT), DON Jeronimo (UGT), DOÑA Sofía (UGT), DON Vicente (SATIF), DON Juan María (SIBF) y DOÑA Apolonia (SIBF), sobre DESPIDO COLECTIVO. Casamos y anulamos la sentencia recurrida y con desestimación de la demanda, absolvemos a la parte demandada de las pretensiones contenidas en aquélla. Sin costas.

VOTO PARTICULAR que formula el Excmo. Sr. Magistrado Don Fernando Salinas Molina, al que se adhieren los/as Excmos/as. Sres/as. Magistrados/as Don Luis Fernando de Castro Fernandez, Don Jordi Agustí Julia, Doña Maria Luisa Segoviano Astaburuaga, Doña Rosa Maria Viroles Piñol y Don Manuel Ramon Alarcon Caracuel.

Haciendo uso de la facultad conferida por el art. 260.2 LOPJ, formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso de casación ordinario 226/2013, por discrepar, -siempre con la mayor consideración y respeto -, del criterio adoptado por la mayoría de la Sala en la indicada resolución, y entendiendo que debería haberse confirmado la razonada sentencia de instancia en la que se declaraba la nulidad del acuerdo objeto de impugnación y la derivada decisión empresarial, dado que aquél fue alcanzado en fraude de ley por intentar bajo una inidónea cobertura formal eludir la normativa aplicable.

Fundándome en los siguientes antecedentes y consideraciones jurídicas:

I- De los hechos declarados probados de la sentencia de instancia, inalterados en casación ordinaria, resulta, entre otros extremos, que:

a) En fecha 13-08-2012 por la empleadora GEACAM S.A. se comunica al Comité Intercentros el inicio de un período de consultas sobre despido colectivo (HP 5.º), presentando aquélla en fecha 14-09-2012, a requerimiento de la Autoridad laboral, escrito de aclaración señalando que el número de extinciones contractuales pretendidas se fijaba en una horquilla que oscilaba entre 680 y 2.022 contratos, proponiendo como medida central lo que denomina "novación a empleo estable", consistente en que los trabajadores que se adhieran a dicha fórmula procedieran de forma voluntaria a la extinción de la relación laboral, transaccionando su indemnización por la extinción del contrato a tiempo completo por la oferta de un futuro puesto de trabajo a tiempo parcial (fijo discontinuo), que se materializaría en un período máximo de 5 meses a contar desde la fecha de la extinción de la relación laboral y adscripción del trabajador a la mencionada medida (HP 8.º);

b) En las primeras reuniones habidas durante el periodo de consultas se trata, entre otros extremos, del planteamiento empresarial sobre la posibilidad de adoptar la medida de suspensión temporal de contratos de trabajo. Así, que "merece la pena estudiar en profundidad la posibilidad de la suspensión, ya que otorgaría cuatro meses adicionales de desempleo a los trabajadores si pudiera aplicarse al primer período de inactividad" (reunión del día 19-09-2012) (HP 10.º), quedando las partes citadas a una nueva reunión, la que tiene lugar el día 25-09-2012, "Comienza la reunión, la parte empresarial indicando que no es posible aplicar el Ere suspensivo, tras las averiguaciones pertinentes que ha llevado a cabo en los últimos días" y manifiesta la propia empleadora que "la empresa GEACAM se encuentra recogida dentro del Registro de Entes Públicos elaborado por el Ministerio de Economía y Hacienda, lo que imposibilita la aplicación del Art. 47 del Estatuto según lo establecido por la disposición adicional tercera de la reforma laboral", que "CCOO señala que el órgano gestor de las prestaciones indica la imposibilidad política de acceder a la suspensión, en cuya apreciación es coincidente la empresa, según lo que CCOO ha escuchado en la reunión de hoy" y que "Por la representación de la empresa, se manifiesta que tal y como ha venido sosteniendo la aplicación de la suspensión contractual no resulta aplicable en la situación jurídica existente en la actualidad, y que tal situación exigiría una modificación por parte del Ministerio de Economía de la calificación actual de GEACAM como ente público" (HP 11.º).

c) Tras un preacuerdo entre la empresa y los representantes de los Sindicatos UGT, SATIS y SIBF en el Comité Intercentros, -- no estando conformes los representantes en dicho órgano de CC.OO. --, posteriormente ratificado (HP 13.º, 15.º), "Por la representación de GEACAM S.A. se presenta escrito ante la Dirección General de Relaciones Laborales y Seguridad Social de la Consejería de Empleo y Economía de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, en fecha 16-11-12, mediante el que se le comunica la terminación del Expediente de Regulación de Empleo con acuerdo, indicándose como número de trabajadores afectados por el mismo, el de 1981, adjuntando listado nominal de trabajadores del personal de estructura afectados por el mismo" (HP 17.º).

d) En dicho Acuerdo se contienen tres esenciales apartados relativos a: 1) Acceso directo a un sistema de jubilación incentivada; 2) Recolocación diferida a empleo estable; y 3) Baja indemnizada en la cuantía legal incrementada adicionalmente en atención a nivel salarial y edad (HP 14ª).

e) Las medidas que en este voto particular se cuestionan son las relativas a la denominada "Recolocación diferida a empleo estable", -- que son las que en el pacto se consideran como aplicables de no optarse expresamente por las otras --, consistentes en: << Esta medida, tiende a dar soluciones de empleo a excedentes estructurales mediante alternativas que permitan establecer un juego de "compensaciones" orientadas a restablecer los equilibrios necesarios y comprometidos, como criterios orientadores de solución.

Régimen Jurídico

Los trabajadores adscritos a la presente medida, extinguirán su contrato de trabajo a tiempo completo, como medida transaccional por el empleo, accediendo a un contrato de trabajo de carácter Fijo discontinuo con efectos de inicio 1 de marzo de 2013. El nuevo contrato reconocerá la antigüedad de origen a todos los efectos, incluso indemnizatorios, el grupo profesional y nivel.

En el mismo día que se comunique la extinción del contrato al trabajador, se firmará un preacuerdo de incorporación como fijo discontinuo a partir del 1 de Marzo de 2013, preacuerdo que incorporara como cláusula adicional el régimen jurídico establecido en esta medida.

El trabajador tendrá garantizada la recepción de las prestaciones por desempleo íntegras de parte de la empresa. En el supuesto de que la Entidad Gestora denegara la prestación de desempleo correspondiente a los períodos de inactividad establecidos en la presente medida, es decir, durante los ejercicios 2012, 2013, 2014 y 2015, la empresa optará entre el abono de la prestación por desempleo que habría correspondido al trabajador y la correspondiente cotización, y el abono de la totalidad del salario y las cotizaciones a la Seguridad Social correspondientes a dichos períodos y los trabajadores se mantendrán a disposición de la empresa para llevar a cabo la jornada ordinaria, si así se les ordenara.

La jornada de trabajo efectivo anual será la equivalente al 66% (8 meses) para el año 2013, incrementándose dicha jornada al 75% (9 meses) a 2014 y 2015.

Al 1 de enero de 2016, la empresa ofertará a los trabajadores una nueva novación contractual para retomar a la situación de trabajador indefinido a tiempo completo, en cuyo momento el trabajador podrá optar entre aceptar dicha propuesta o mantener su situación de trabajador fijo discontinuo con carácter definitivo.

En caso de incumplimiento por parte de la empresa del compromiso de reincorporación a que se refiere al párrafo anterior, el trabajador podrá optar entre:

Mantenimiento con carácter definitivo de la situación de contratación como fijo discontinuo de 9 meses, percibiendo el trabajador una indemnización resultante de la aplicación del módulo de (30 días) de salario por año de prestación de servicios, sin límite de mensualidades, computando como base salarial la diferencia salarial anual, computando la totalidad de la antigüedad real del trabajador en el dispositivo, así como una penalización de una mensualidad del salario bruto del trabajador.

Extinción de la relación laboral con la empresa con derecho a percibir una indemnización de 35 días de salario teniendo en cuenta la antigüedad real en el dispositivo, sin límite de mensualidades, más dos mensualidades de salario.

En el caso anterior, la empresa obligatoriamente repondrá económicamente al trabajador el desempleo consumido.

En el supuesto de que la Entidad Gestora denegara la prestación de desempleo correspondiente a los períodos de inactividad establecidos en el segundo párrafo de este apartado, es decir, durante los ejercicios 2012, 2013, 2014 y 2015, la empresa optará entre el abono de la prestación por desempleo que habría correspondido al trabajador y la correspondiente cotización, y el abono de la totalidad del salario y las cotizaciones a la Seguridad Social correspondientes a dichos períodos y los trabajadores se mantendrá a disposición de la empresa para llevar a cabo la jornada ordinaria, si así se les ordenara >>.

En suma, del acuerdo alcanzado en este extremo se deducen los siguientes pasos:

- 1) A partir del 16-11-2012, extinción de contratos indefinidos a tiempo completo, sin percibo de indemnización alguna;
- 2) Período de inactividad hasta el 01-03-2013, con alegada promesa de percibo de las prestaciones por desempleo a cargo de la Entidad gestora o subsidiariamente a cargo de la empresa ("prestaciones" o "salario", con abono de "cotizaciones");
- 3) A partir del 01-03-2013 contratación a tiempo parcial (fijos discontinuos) durante los años 2013, 2014 y 2015;

4) Durante los periodos de inactividad laboral de los años 2013 a 2015, alegada promesa de percibo de las prestaciones por desempleo a cargo de la Entidad gestora o subsidiariamente a cargo de la empresa ("prestaciones " o " salario ", con abono de " cotizaciones ");

5) Compromiso empresarial de " nueva novación contractual para retomar a la situación de trabajador indefinido a tiempo completo ", y en caso de incumplimiento empresarial extinción contractual con abono de indemnización (dejando parte la opción del trabajador a mantener el contrato temporal con indemnización compensatoria).

II- Sobre la naturaleza jurídica de la entidad empleadora demandada.

Fue creada por ley autonómica, en concreto por la Ley 1/2006, de 23 de marzo, de creación de la Empresa Pública " Gestión Ambiental de Castilla-La Mancha, S. A ." (DOCM 04-04-2006), cuyos arts. 1 y 3 han sido modificados por la Ley 13/2010, de 9 de diciembre, de reordenación del sector público de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (BOE 12-02-2011) y su art. 10.4 por la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha (BOE 02-05-2011),.

En la que, entre otros extremos, se dispone que: a) " se crea la empresa pública 'Gestión Ambiental de Castilla-La Mancha, S. A. ', como instrumento al servicio de la política medioambiental, agraria y de desarrollo rural de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, quedando adscrita a la Consejería con competencias en estas materias " (art. 1); b) la referida Empresa pública " adopta la forma jurídica de sociedad anónima, por lo que sus actividades se regirán por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que le sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación administrativa " (art. 2); y c) el personal de dicha Empresa pública " se regirá por las normas de derecho laboral o privado, negociándose la selección de personal conforme a la normativa laboral que resulte de aplicación, y con respeto a los principios de publicidad, mérito, capacidad e igualdad " (art. 10.1).

III- Normativa que pudiera entenderse incumplida a través del acuerdo alcanzado :

III.1- La prohibición legal de convertir, sin voluntad directa (no a través de los representantes de los trabajadores) y libre (no como mal necesario para evitar la extinción contractual) del trabajador, un contrato a tiempo completo por otro a tiempo parcial . Dispone el art. 12.4.e) ET (en la redacción vigente en la fecha de los hechos) que " La conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo a tiempo parcial y viceversa tendrá siempre carácter voluntario para el trabajador y no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo al amparo de los dispuesto en la letra a) del apartado 1 del artículo 41. El trabajador no podrá ser despedido ni sufrir ningún otro tipo de sanción o efecto perjudicial por el hecho de rechazar esta conversión, sin perjuicio de las medidas que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 51 y 52, c), de esta Ley, puedan adoptarse por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción ".

III.2- La prohibición legal de cotizar respecto a trabajadores que no prestan servicios en la empresa, deducible, entre otros, de la normativa contenida en la LGSS en la que se dispone: a) " La obligación de cotizar nacerá desde el momento de iniciación de la actividad correspondiente, determinándose en las normas reguladoras de cada Régimen las personas que hayan de cumplirla " (art. 15.2); b) " Las actas de liquidación se extenderán en base a la remuneración total que tenga derecho a percibir el trabajador o la que efectivamente perciba de ser ésta superior en razón del trabajo que realice por cuenta ajena y que deba integrar la base de cotización en los términos establecidos en la ley o en las normas de desarrollo " (art. 32.2); y c) " La obligación de cotizar nacerá con el mismo comienzo de la prestación del trabajo, incluido el período de prueba ", " La obligación de cotizar se mantendrá por todo el período en que el trabajador esté en alta en el Régimen General o preste sus servicios, aunque éstos revistan carácter discontinuo Dicha obligación subsistirá asimismo respecto a los trabajadores que se encuentren cumpliendo deberes de carácter público o desempeñando cargos de representación sindical, siempre que ello no dé lugar a la excedencia en el trabajo ", " Dicha obligación sólo se extinguirá con la solicitud en regla de la baja en el Régimen General al organismo competente de la Administración de la Seguridad Social. Sin embargo, dicha comunicación no extinguirá la obligación de cotizar si continuase la prestación de trabajo " y " La obligación de cotizar continuará en la situación de incapacidad temporal, cualquiera que sea su causa, en la de maternidad, en la de paternidad, en la de riesgo durante el embarazo y en la de riesgo durante la lactancia natural, así como en las demás situaciones previstas en el artículo 125 en que así se establezca reglamentariamente " (art. 106).

Conforme al Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, constituyen, entre otras, infracciones muy graves: a) " Incrementar indebidamente la base de cotización del trabajador de forma que provoque un aumento en las prestaciones que procedan, así como la simulación de la contratación laboral para la obtención indebida de prestaciones " (art. 23.1.e); y b) " Efectuar declaraciones o consignar datos falsos o inexactos en los documentos

de cotización, o en cualquier otro documento, que ocasionen deducciones o compensaciones fraudulentas en las cuotas a satisfacer a la Seguridad Social, o incentivos relacionados con las mismas " (art. 23.1.f).

Se adoptan unos compromisos, como mínimo, de abono de cotizaciones en periodos de no suspensión contractual y no prestación de servicios, que no parecen legalmente posibles y cuya imposibilidad legal, tratándose, además, de derechos de seguridad social irrenunciables, puede comportar perjuicios a los trabajadores para futuras prestaciones (art. 3 LGSS : " Será nulo todo pacto, individual o colectivo, por el cual el trabajador renuncie a los derechos que le confiere la presente Ley ").

Sobre este extremo, se afirma en la sentencia mayoritaria para justificar el contenido el acuerdo impugnado, lo que no se comparte, que " de todos modos, la idea es la de que la cobertura aseguradora tenga un determinado alcance y si lo que la legislación establezca impide tal previsión, la sustituirá el propio compromiso empresarial en los términos que constan en el acuerdo que la sentencia transcribe, lo cual no constituye fraude alguno y corresponde al estricto ámbito del principio de autonomía de la voluntad que preside cualquier pacto y que ha de respetarse en tanto en cuanto no sea claramente perjudicial para una de las partes del mismo sin causa justificada para ello ".

III.3-La suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor contemplada en el art. 47 ET " no será de aplicación a las Administraciones Públicas y a las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de una o varias de ellas y de otros organismos públicos, salvo a aquellas que se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado " (DA 21ª ET), con la previsible finalidad de que tales entes no financien la suspensión del contrato o reducción de jornada de su personal laboral por causas objetivas con cargo a las prestaciones de desempleo.

De entenderse que la empleadora, por su naturaleza, no puede acogerse a las medidas ex art. 47 ET de suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, resultaría que a través del sistema que se articula en el acuerdo ahora impugnado, consagrado como válido por la sentencia mayoritaria, se abriría un cauce para dejar vacía de contenido dicha DA 21ª ET, al poderse alcanzar lo que prohíbe a través de tal sistema.

Pudiera entenderse, por el contrario, que dada la naturaleza de la entidad demandada no habría existido obstáculo a la aplicación de las medidas ex DA 21ª ET, lo que no parece deba descartarse, como afirma la sentencia de instancia impugnada en aplicación del art. 3.1 y 3.2.e) (" no tendrán la consideración de Administraciones Públicas las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales ") del Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre (texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público), o como se sostiene por importante sector doctrinal respecto de las sociedades mercantiles públicas de régimen privado o de otros entes públicos sujetos al derecho privado y sin que la mera inclusión en el catálogo de entes dependientes de las Administraciones públicas las convierta en Administraciones Públicas, con invocación, entre otros, de la DA 12ª Ley 6/1997, de 14 de abril .

En este último supuesto, el no acogerse a estas medidas siendo factible puede suponer, entre otros extremos, como destaca la sentencia de instancia, el ahorro empresarial de la obligación de cotización establecida en el art. 214.2 LGSS durante los periodos de reducción de jornada o suspensión del contrato (" En los supuestos de reducción de jornada o suspensión del contrato, la empresa ingresará la aportación que le corresponda, debiendo la entidad gestora ingresar únicamente la aportación del trabajador, una vez efectuado el descuento a que se refiere el apartado anterior ").

Sobre este extremo, se afirma en la sentencia mayoritaria para justificar el contenido el acuerdo impugnado en lo relativo a la novación contractual, lo que no se comparte y menos en la referencia al art. 47 ET que evidencia la real existencia de la simulación que es negada en dicha sentencia, que " En este punto, la Sala comparte la tesis del M.º Fiscal de que tanto del RD 801/2011 en su art 9 como del RD 1483/2012 en su art 8 se infiere que la finalidad del ERE es evitar o reducir los efectos del expediente de regulación de empleo con medidas tales como recolocación interna, entre otras, y que si la pretensión inicial era extinguir definitivamente y luego derivó, tras las consultas y negociaciones, en una novación no extintiva y temporal de los contratos de trabajo en los términos del art 47 del ET, ya de antemano, no cabría la indemnización referida y en ello, en todo caso, no puede verse fraude normativo porque no hay constancia suficiente de que se haya perseguido el fin o resultado que la norma reguladora califica, como se ha dicho, de prohibido por el ordenamiento jurídico, sino que cuanto aparece acordado ha de contemplarse en el marco o contexto de esas negociaciones que culminan con el cierre de unas medidas que pretenden asegurar un resultado de cobertura económica y social en donde el impacto de la medida sea lo menor posible para los afectados ...".

III.4-Nuestra legislación laboral actual por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (o, en algunos supuestos, por fuerza mayor), únicamente posibilita la adopción de las siguientes medidas : a) movilidad geográfica (art. 40 ET); b) modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo (art. 41 ET); c) suspensión temporal del contrato de trabajo (arts. 45.1.f y 47.1 ET); d) reducción de la jornada de trabajo (art.

47.2 ET); e) despido colectivo (arts.49.1.i y 51 ET); y f) inaplicar en la empresa determinadas condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, sea este de sector o de empresa (art. 87.3 ET).

No contempla una formal extinción contractual no indemnizada para más tarde transformar temporalmente una relación a tiempo completo en otra a tiempo parcial y años más tarde recobrar, en su caso, la contratación indefinida a tiempo completo.

La propia sentencia mayoritaria afirma que " se está, en definitiva, en presencia de una novación no extintiva sino temporal de los contratos de trabajo, por lo que justificaría ... la falta de puesta a disposición de los trabajadores de las indemnización que les hubiera correspondido si realmente la extinción hubiera tenido lugar ... ". Es decir, se asume que la extinción acordada a través del procedimiento de despido colectivo del art. 51 ET no es real, sin explicar en tal caso como cabe calificar el periodo de inactividad desde la fecha de la extinción no real hasta el día en que se efectuó la contratación a tiempo parcial.

III.5-Los límites de la competencia de quienes actúen como representantes de los trabajadores en los periodos de consultas relativos a las medidas anteriormente expuestas deben entenderse circunscritas, como regla, a alcanzar acuerdos sobre las concretas medidas objeto del periodo de negociación o, excepcionalmente, a otras de las previstas legalmente de posible adopción por circunstancias objetivas .

La posible extensión competencial ha sido analizada como excepcional por esta Sala en un supuesto de antiguo ERE extintivo en el que se pactaron medidas de movilidad geográfica por los representantes de los trabajadores con la empresa, argumentándose que " En realidad, lo que sostiene la parte es que el expediente de regulación de empleo no era el procedimiento idóneo para aprobar medidas de movilidad geográfica, que tenían necesariamente que ajustarse a lo previsto en el art. 40.2 del ET . Pero ... estas medidas son alternativas a los despidos colectivos y, por tanto, constituyen no solo un contenido lícito, sino también conveniente del acuerdo en el periodo de consultas, ya que sería absurdo y perjudicial para la coherencia de los acuerdos que ante una misma situación de crisis se fragmentara la negociación de las medidas adecuadas para hacer frente a aquélla. Lo importante es que se haya cumplido la exigencia del artículo 40.2 del ET, no el marco del procedimiento en que lo ha sido, siendo secundario el conocimiento de la Administración, que además en el presente caso lo ha tenido. El hecho de que la autoridad laboral se haya limitado en sus resoluciones a autorizar los despidos en nada puede alterar estas conclusiones, pues solo aquéllos requerían autorización administrativa, bastando para la movilidad geográfica el acuerdo con los representantes de los trabajadores " (STS/IV 16-septiembre-2013 -rco 45/2012).

Parece incompatible con la normativa y jurisprudencia expuestas atribuir a los representantes de los trabajadores la facultad de pactar extinciones contractuales colectivas sin derecho a indemnización actual no previstas en el art. 51 ET y distinta de su finalidad de real extinción contractual (y no la de lograr conversiones contractuales a tiempo parcial), unidas o no a medidas distintas de las legalmente posibles sobre modificaciones contractuales por motivos objetivos, y extendiéndolas a transformaciones contractuales futuras que exigen legalmente la concurrencia de la voluntad individual del trabajador afectado. Aun dejando que la futura contratación por tiempo indefinido pudiera de efectuarse directamente sin convocatoria pública, como indica la sentencia de instancia, vulnerar el acceso a tales puestos acorde a los principios de publicidad, mérito, capacidad e igualdad.

III.6- La entidad gestora de las prestaciones por desempleo está expresamente facultada para instar a la Autoridad laboral la formulación de una demanda de oficio cuando entienda que " la decisión extintiva de la empresa pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados, por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo ", disponiendo el art. 148.b) LRJS que " El proceso podrá iniciarse de oficio como consecuencia: ... b) De los acuerdos de la autoridad laboral competente, cuando ésta apreciara fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión de los acuerdos de suspensión, reducción de la jornada o extinción a que se refieren el artículo 47 y el apartado 6 del artículo 51 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y los remitiera a la autoridad judicial a efectos de su posible declaración de nulidad. Del mismo modo actuará la autoridad laboral cuando la entidad gestora de la prestación por desempleo hubiese informado que la decisión extintiva de la empresa pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados, por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo " .

Lo que en el presente caso no se efectuado por la Autoridad laboral ni a su instancia ni por petición del SPEE.

IV- En conclusión, a nuestro juicio, la sentencia de instancia debería haber sido confirmada, puesto que es dable entender que en el acuerdo impugnado se adoptan medidas (la denominada " Recolocación diferida a empleo estable ") para eludir la normativa aplicable de derecho necesario. Así:

a) De las actas de las reuniones en el periodo de consultas se trasluce el inicial planteamiento empresarial sobre la posibilidad de adoptar la medida de suspensión temporal de contratos de trabajo, que una vez descartada, las partes firmantes del acuerdo la sustituyen por una medida no prevista en la legislación social actual que pretende alcanzar la finalidad de la suspensión y de la reducción de jornada de forma jurídicamente

irregular, intercalando periodos de inactividad entre las formalmente configuradas como extinciones de contratos de trabajos indefinidos a tiempo completo y la posterior suscripción de contratos como fijos discontinuos, con las subsiguientes periodos de inactividad, hasta la prevista recuperación transcurridos mas de tres años de la contratación indefinida a tiempo completo.

b) Tales periodos de inactividad, en especial el primero, al no configurarse como suspensión contractual ni como reducción de jornada (como es defendible pudiera haberse efectuado dada la naturaleza jurídica de la empleadora), se pretende que sean subvencionados con cargo a las prestaciones por desempleo, con posible beneficio empresarial al no cotizar como acontece en las suspensiones o reducciones de jornada y con riesgo para los trabajadores de no concederse tal prestación en orden a sus cotizaciones y futuros derechos de seguridad social con posible renuncia prohibida, individual o colectiva, a estos últimos.

c) Nuestra legislación laboral actual por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (o, en algunos supuestos, por fuerza mayor), únicamente posibilita la adopción de las medidas de movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, suspensión temporal del contrato de trabajo, reducción de la jornada, despido colectivo y la inaplicación en la empresa de determinadas condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, sea este de sector o de empresa; pero no contempla una formal extinción contractual colectiva sin indemnización alguna para más tarde transformar temporalmente, como consecuencia obligada de no haber optado por una medida extintiva más radical, una relación a tiempo completo en otra a tiempo parcial impuesta al trabajador individual por el acuerdo alcanzado, y años más tarde recobrar, en su caso, la contratación indefinida a tiempo completo; se vulnera con este sistema la legalidad vigente como se ha expuesto.

d) Al pactarse medidas no previstas se vulneran, mediante su adopción, los límites de la competencia de quienes actúen como representantes de los trabajadores en los periodos de consultas circunscrita tal facultad negociadora colectiva exclusivamente a las medidas tipificadas legalmente, no pareciendo que puedan entrar tales representantes a negociar sobre la novación de los contratos individuales sin amparo en norma legal alguna.

e) La derivada consecuencia de la posible vulneración de la expresa prohibición legal de convertir, sin voluntad directa (no a través de los representantes de los trabajadores) y libre (no como mal necesario para evitar la extinción contractual) del trabajador, un contrato a tiempo completo por otro a tiempo parcial.

f) El dejarse vacía de contenido la prohibición ex DA 21ª ET de aplicar las medidas de suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor contempladas en el art. 47 ET, de adoptarse por " Administraciones Públicas y a las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de una o varias de ellas y de otros organismos públicos, salvo a aquellas que se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado " medidas análogas a las que ahora se entienden válidas en la sentencia mayoritaria.

g) La singularidad de la no impugnación del acuerdo alcanzado por parte de la Autoridad laboral ni a su instancia ni por petición del SPEE.

h) En suma, la utilización del cauce del despido colectivo ex art. 51 para obtener resultados ajenos a su finalidad a modo de reestructuración empresarial sustituyendo durante largos años contratos a tiempo completo por a tiempo parcial con promesa de futura conversión, con las consecuencias de las vulneraciones normativas de derecho necesario expuestas.

Madrid 19 de marzo de 2.014

VOTO PARTICULAR que formula la Magistrada Excm. Sra. Dª Maria Lourdes Arastey Sahun, de conformidad con lo establecido en el art. 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, respecto de la sentencia dictada el 19 de marzo de 2014, en el recurso de casación n.º 226/2013, por el Pleno de esta Sala, constituido al amparo del art. 157 de la LOPJ .

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial formulo voto particular para mostrar la posición que mantuve en la deliberación.

Discrepo con todo el respeto de la solución alcanzada por la mayoría de la Sala al casar y anular la sentencia de instancia y absolver a la empresa. En mi opinión debió de confirmarse la declaración de nulidad de la decisión extintiva en base a los argumentos siguientes:

Primero.

De los hechos sobre los que se asienta la controversia se desprende que, tras algunos avatares previos, la empresa inició un periodo de consultas a los efectos de llevar a cabo un despido colectivo amparado en causas económicas y organizativas.

La decisión final, adoptada con acuerdo abarca finalmente la adopción de medidas extintivas de tres grupos diferenciados de trabajadores: a) los que puedan acceder al sistema de jubilación incentivada con arreglo a

los requisitos y condiciones del acuerdo; b) los que se incluyen en la denominada "recolocación diferida a empleo estable"; y c) aquéllos a los que se les extinga el contrato con derecho a la indemnización legal, incrementada por otra adicional en atención a su nivel salarial y a su edad.

Segundo.

Las dificultades para aceptar el criterio de la mayoría se presentan respecto del segundo grupo de trabajadores afectados.

Cabe poner de relieve que, a diferencia de lo que pueda ocurrir con las prejubilaciones, no se especifican los criterios para la determinación de los trabajadores a los que se les ha de aplicar la denominada "recolocación diferida", ni tampoco a los que haya de incluirse en el grupo último ("baja indemnizada") y ello es un dato de relevancia para poder discernir en qué medida la posibilidad de modificación del contrato, que la "recolocación" llevaba aparejada, se hacía depender de la voluntad del trabajador.

Lo que, en suma, se decide supone la posibilidad de extinguir un número indeterminado de contratos de trabajo sin derecho a indemnización y sin que el trabajador afectado pueda optar voluntariamente por la novación contractual y la oferta de nueva contratación futura que encierra el acuerdo.

El acuerdo implica la extinción gratuita de los contratos de trabajo, sustituyendo la obligación legal de indemnizar por una novación contractual en masa, que se escapa a la posibilidad y competencia de los negociadores colectivos.

La concurrencia de las causas de carácter económico -en sentido amplio- ofrece en nuestra legislación diferentes vías de salida a la empresa; y el uso de cualquiera de ellas habrá de llevarse a cabo con todas consecuencias legales aparejadas.

Del examen de lo actuado se puede colegir que la parte empresarial pretendía redimensionar su plantilla acomodándola a necesidades más cíclicas. De ahí que pretenda sustituir la mano de obra de carácter indefinido por trabajo fijo discontinuo. Pero esta necesidad, que podría estar perfectamente justificada en su caso, no puede ser satisfecha por la vía del despido colectivo cuyo fin es la reducción de la plantilla, no la del número de días de trabajo de la misma.

Es a la empresa a la que corresponde organizar y gestionar sus recursos y, en consecuencia, adoptar las decisiones que mejor se ajusten a sus intereses. Entre tales decisiones está la de optar por alguna de las medidas de flexibilidad interna ofrecidas por nuestro Ordenamiento Jurídico o acudir, en su caso, a la extinción de contratos de trabajo. Ahora bien, parece lógico exigir la congruencia entre el fin perseguido y el mecanismo legal que se decida utilizar. Así, si lo que se pretende es modificar la jornada anual de la plantilla -incluso distribuyéndola de modo distinto a lo largo del año-, es evidente que la vía del art. 51 ET no resulta adecuada. Pero es que, si lo que se hace en realidad es sustituir los contratos de trabajo por otros distintos, efectuando una verdadera novación contractual, se está provocando la extinción de los contratos de trabajo en vigor que, al ampararse en las causas del art. 51 ET, ha de comportar necesariamente el seguimiento de todos los trámites que dicho precepto exige y, finalmente, la obligación de indemnizar con arreglo a tal norma legal. La ulterior contratación de los trabajadores se escapa al marco de este procedimiento de despido colectivo y no deja de ser, como mucho, una promesa de recolocación hecha en el ámbito de la negociación tendente a minorar los efectos perjudiciales de la decisión extintiva; pero no puede enmascarar la realidad de un acuerdo que lo que hace es poner fin a los contratos de trabajo existentes.

Tercero.

El recurso debió ser desestimado y, por ello, la sentencia de instancia merecía ser confirmada.

En Madrid a 19 de marzo de 2014

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