



Roj: **STSJ CAT 4350/2013 - ECLI: ES:TSJCAT:2013:4350**

Id Cendoj: **08019340012013102933**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **16/04/2013**

Nº de Recurso: **5273/2012**

Nº de Resolución: **2692/2013**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **ENRIQUE JIMENEZ-ASENJO GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

**SALA SOCIAL**

**NIG : 08019 - 44 - 4 - 00000000000000000000 - 8014434**

mi

**ILMO. SR. JOSÉ DE QUINTANA PELLICER**

**ILMO. SR. JOSÉ QUETCUTI MIGUEL**

**ILMO. SR. GREGORIO RUIZ RUIZ**

**ILMO. SR. IGNACIO M<sup>a</sup> PALOS PEÑARROYA**

**ILMO. SR. FRANCISCO JAVIER SANZ MARCOS**

**ILMO. SR. SEBASTIÁN MORALO GALLEGO**

**ILMO. SR. FELIPE SOLER FERRER**

**ILMA. SRA. SARA MARIA POSE VIDAL**

**ILMO. SR. ADOLFO MATÍAS COLINO REY**

**ILMA. SRA. M<sup>a</sup> DEL MAR GAN BUSTO**

**ILMA. SRA. ASCENSIÓN SOLÉ PUIG**

**ILMO. SR. FRANCISCO BOSCH SALAS**

**ILMO. SR. MIGUEL ANGEL SÁNCHEZ BURRIEL**

**ILMA. SRA. MATILDE ARAGÓ GASSIOT**

**ILMO. SR. JACOBO QUINTANS GARCÍA**

**ILMO. SR. LUÍS JOSÉ ESCUDERO ALONSO**

**ILMO SR. DANIEL BARTOMEUS PLANA**

**ILMO. SR. AMADOR GARCÍA ROS**

**ILMO. SR. MIGUEL ANGEL FALGUERA BARÓ**

**ILMA. SRA. LIDIA CASTELL VALLDOSERA**

**ILMA. SRA. M<sup>a</sup> MACARENA MARTÍNEZ MIRANDA**

**ILMA SRA. MARIA PILAR MARTIN ABELLA**



**ILMO. SR. CARLOS HUGO PRECIADO DOMENECH**

**ILMO. SR. LUIS REVILLA PÉREZ**

**ILMO. SR. ENRIQUE JIMENEZ ASENJO GOMEZ**

En Barcelona a 16 de abril de 2013

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

**EN NOMBRE DEL REY**

ha dictado la siguiente

**SENTENCIA núm. 2692/2013**

En el recurso de suplicación interpuesto por Aurora frente a la Sentencia del Juzgado Social 22 Barcelona de fecha 3 de mayo de 2012 dictada en el procedimiento Demandas nº 280/2012 y siendo recurrido Hospital Clínic i Provincial de Barcelona. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. ENRIQUE JIMENEZ ASENJO GOMEZ.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 27 de marzo de 2012 tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Despido en general, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 3 de mayo de 2012 que contenía el siguiente Fallo: " Que ESTIMANDO la demanda planteada por Doña. Aurora contra HOSPITAL CLÍNIC I PROVINCIAL DE BARCELONA, DECLARO LA IMPROCEDENCIA DEL DESPIDO, condenando a la parte demandada a estar y pasar por esta declaración, y a la empresa HOSPITAL CLÍNIC I PROVINCIAL DE BARCELONA a que, en el término de cinco días desde la notificación de esta resolución, OPTE entre readmitir a la trabajadora en las mismas condiciones que tenía antes del despido o abonarle la cantidad de 10.335,89 euros en concepto de indemnización desde el día 29-2-2012 hasta la notificación de la sentencia, a razón de 47,52 euros diarios."

**SEGUNDO.-** En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

"1.- Doña. Aurora , con D.N.I. nº NUM000 ha venido prestando servicios para la empresa demandada, HOSPITAL CLÍNIC I PROVINCIAL DE BARCELONA desde el día 27-4-2007, mediante la contratación de diversos y sucesivos contrato temporales de interinidad, de uno ó dos días de duración la mayoría, para "vacaciones", "permiso", "recuperacion horaria", "permiso sindical", "asuntos propios", "días de convenio" "fiesta optativa convenio", "ausencia"....., percibiendo un salario de 1. 425,64 euros mensuales brutos incluida parte proporcional de pagas extras. Ni la categoría ni el salario son controvertidos.

2.- Los contratos temporales sucesivos suscritos entre las partes están relacionados en el documento nº 0 aportado por la parte actora, que se tiene por reproducido.

3- Dentro de los anteriores, destacan por su duración:

- El de fecha 17-2-2009, concertado para "cubrir provisionalmente una vacante de ATS/D.E.en el Servicio de Nefrología Hospitalización, de acuerdo con el sistema de provisión de puestos de trabajo aplicable al Hospital Clínic", de 226 días de duración, finalizado por adjudicación definitiva del puesto de trabajo por Resolución del Hospital de 25-6-2009, a la Sra. Elisa .

-El de fecha 5-11-2010, concertado para "cubrir provisionalmente una vacante de ATS/D.E. en el Servicio de Urodinámica Urológica, de acuerdo con el sistema de provisión de puestos de trabajo aplicable al Hospital Clínic", de 116 días de duración, finalizado por adjudicación definitiva del puesto de trabajo por Resolución del Hospital de 7-1-2011, a la Sra. Estela .

-El de fecha 1-3-2011, concertado para "cubrir provisionalmente una vacante de ATS/D.E. en el ICNU, de acuerdo con el sistema de provisión de puestos de trabajo aplicable al Hospital Clínic", de 365 días de duración, cuya finalización no ha justificado la demandada.

4.-Desde el contrato que finalizó el 27-10-2007 al que se inició el 15-12-2007, y desde el que finalizó el 30-9-2009 al que se inició el 1-12-2009 transcurrieron más de 20 días.

5.-Mediante carta de fecha 13-2-2012 la empresa comunicó a la Sra. Aurora que causaba baja en la empresa el día 29-2-2012 por cumplimiento del objeto del contrato suscrito el 1- 3-2011. Doc. nº 1 acompañado con la demanda, que se tiene por reproducido.



6.-Es de aplicación el Convenio Colectivo de trabajo de la empresa HOSPITAL CLÍNIC PROVINCIAL DE BARCELONA para los años 2005 y 2006.

7.-La actora no ha ejercido cargo sindical ni de representación de los trabajadores durante el año anterior a su despido.

8.-El día 26-4-2012 tuvo lugar la celebración del preceptivo acto de conciliación ante el SCI del Departament de Treball con el resultado de "sin avenencia".

**TERCERO.-** En fecha 10 de mayo de 2012 se dictó auto de aclaración de la sentencia, cuya parte dispositiva es la siguiente: "Se adiciona de oficio, en el Fundamento de Derecho Noveno y en el Fallo de la sentencia, la condena al pago de los salarios de tramitación sólo en el caso de readmisión. Manteniendo los restantes pronunciamientos que la sentencia contiene."

**CUARTO.-** Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandante, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dió traslado impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Único.-** En su primer y único Motivo, para examinar las infracciones de normas sustantivas y de la jurisprudencia, al amparo del artículo 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, denuncia el recurrente la infracción e inaplicación del art. 72 del convenio colectivo de trabajo de la empresa Hospital Clínic i Provincial de Barcelona para los años 2005-2006, del art. 56.1 del Estatuto de los Trabajadores, así como, según afirma, "de la jurisprudencia que se cita en el cuerpo del presente motivo"

A sus fines viene a argumentar que el citado art. 72 del convenio colectivo de empresa dispone que existe siempre opción para el trabajador entre la readmisión y la indemnización si se declara expresamente la improcedencia del despido, citando a su favor diversas sentencias de esta Sala en asuntos parejos.

Por su parte el impugnante señala lo que entiende jurisprudencia del Tribunal Supremo y doctrina judicial en contra de lo sostenido por el recurrente; y, a su vez, la sentencia no dio lugar a ese derecho de opción a favor de la trabajadora establecido en la norma que se denuncia como infringida, debido a que no se encuentra ubicada dentro del régimen disciplinario.

Y partiendo de que lo realmente a tener en cuenta ha de ser la jurisprudencia del Tribunal Supremo y no la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia a los fines propuestos ( art.1.6 C.Civ. ), lo cierto es que dicha jurisprudencia, STS 3/10/2011, ha venido a afianzar actualmente la tesis sostenida por la sentencia de instancia, que también ha hecho suya y ha aplicado recientemente la doctrina de esta Sala a un caso como el presente, que ha de prevalecer pese al criterio contradictorio expresado en sus sentencias de 24/1/2013 y 4/2/2013, aparte de otras varias con anterioridad a ese criterio jurisprudencial, dada la argumentación de la sentencia del Tribunal Supremo referida que entiende este Tribunal es aquí plenamente aplicable.

En efecto, recientemente ya ha tenido ocasión de manifestar esta Sala lo siguiente en aplicación de esa doctrina que hace suya este Tribunal ( STSJ de Cat. 19/11/2012 )

" la qüestió que es debat en el present recurs ha estat ja decidida pel Tribunal Suprem, no únicament en la sentència de data 3 d'octubre de 2011, recaiguda en un procés en que s'examinava el Conveni col.lectiu d'**AENA**, a la qual fa referència el recurrent ( aquí el impugnante), sinó també en altres posteriors del mateix Tribunal, com són les de dates 23.4.12 ( R. 3533/11 ), 11.7.12 ( R. 4157/11 ) i 25.9.12. ( R. 3298/11 ), que es refereixen a altres convenis col.lectius, i en totes elles la causa de decidir ha estat la mateixa, és a dir, que l'article que donava l'opció al treballador es trobava dins de la secció o capítol que regulava els acomiadaments disciplinaris, per la qual cosa no es podia aplicar en altres tipus d'acomiadaments.

En la sentència de data 3.10.2011, el nostre més alt Tribunal raonava el següent:

"Como ha recapitulado esta Sala en su sentencia de 21-10-2010 ( R. 1075/09 ), al analizar cláusulas similares de la negociación colectiva, "el punto de partida obligado ha de ser la consideración de que el carácter mixto del Convenio Colectivo -norma de origen convencional/contrato con eficacia normativa- determina que su interpretación haya de atender tanto a las reglas legales propias de las normas jurídicas [ arts. 3 y 4 CC ] como a aquellas otras que disciplinan la hermenéutica de los contratos [ arts. 1281 a 1289 CC ] (con muchas otras anteriores, SSTS 03/12/08 -rco 180/07 -; 26/11 / 08 -rco 139/07 -; 21/07/ 09 -rco 48/08 -; 21/12/ 09 -rco 11/09 -; y 02/12/09 -rco 66/09 -). Por ello, la interpretación del Convenio Colectivo ha de combinar los criterios de orden lógico, gramatical e histórico, junto con el principal de atender a las palabras e intención de los contratantes (así, SSTS 27/06/08 -rco 107/06 -; 26/11 / 08 -rco 95/06 -; 26/11/08 -rco 139/07 -; 27/01/09



-rcud 2407/07 -; y 21/12/09 -rc 11/09 -), lo que confiere especial relevancia al Tribunal «a quo» ante el que se ha desarrollado la actividad probatoria relativa a la voluntad de las partes y a los hechos concomitantes (en este sentido, recientemente, SSTS 22/04/09 -rc 51/08 -; 15/09 / 09 -rc 78/08 -; 08/10/09 -rc 13/09 -; 02/12/09 -rc 66/09 -; 17/12 / 09 -rc 120/08 -; y 21/12/09 -rc 11/09 -)".

Y en este orden de cosas, resulta imprescindible tener en cuenta que el precepto arriba transcrito se encuentra ubicado en el Capítulo -el XIII- del Convenio que regula el "Código de conducta y régimen disciplinario", lo que pone claramente de relieve que la intención de los negociadores colectivos, y de ahí esa localización sistemática, era la de otorgar la opción a los trabajadores únicamente en el caso de que, por haberseles imputado la comisión de alguna falta "muy grave"(art. 94.4) merecedora del despido, tal como prevé el art. 97.1.c) del propio Convenio, resultara aplicable el régimen disciplinario al que alude todo el Capítulo. Parece evidente que solamente a tales despidos, y cuando la decisión empresarial fuera judicialmente declarada nula o improcedente, la negociación colectiva, mejorando la previsión estatutaria ( art. 56.1 ET ), y de forma similar a como lo hace para el personal laboral fijo en el empleo público en general el art. 96 del Estatuto Básico aprobado por Ley 7/2007 , quiso conceder la opción al trabajador. Cabe concluir, en fin, en línea con lo que esta misma Sala Cuarta ha sostenido, entre otras, en las sentencias de 25-5-1999 -y las que en ella se citan-, R. 4086/96 , 21-9-1999, R. 213/99 , y 26-12-2000, R. 61/2000 , que la previsión convencional que mejora la legalidad estatutaria no puede extenderse mas allá del propio pacto, y ya hemos visto que el Convenio en cuestión sólo ha querido transferir la opción a favor de los trabajadores cuando se trata de despidos disciplinarios y éstos hayan sido declarados nulos o improcedentes por la jurisdicción, pero no así cuando la declaración de improcedencia traiga causa de cualquier defecto o irregularidad en los contratos suscritos por la entidad aquí demandada"

QUART. La qüestió controvertida en el present recurs és exactament la mateixa resolta pel Tribunal Suprem en les sentències abans esmentades, atès que en el Conveni col.lectiu d'aplicació a les parts, en el seu article 72 estableix el següent "En caso de sentencia firme en la que expresamente se declare la improcedència del despido, la opción a la vuelta al trabajo o la indemnización corresponderá siempre al trabajador" i aquest article es troba ubicat en el Capítol 10 del Conveni en el que es regula el règim disciplinari, per la qual cosa el motiu s'ha de desestimar.

No existeix en el present supòsit un canvi d'opinió de l'empresa en relació amb l'article citat, ja que la demandada ja havia recorregut diverses vegades sentències en que els jutjats d'instància havien donat el dret d'opció al treballador i la Sala havia desestimat els citats recursos ( Sentències de dates 8.11.2005 , 17.7.2006 obe 18.7.2007 ), és a dir, que es tractava d'una qüestió controvertida. Això no obstant, una vegada el Tribunal Suprem ha fixat doctrina sobre aquesta qüestió a aquesta s'haurà d'estar, d'acord amb el que estableix l' article 1.6 del Codi Civil .

Tampoc era necessari, pel mateix motiu, que l'empresa acudís a la Comissió Paritària del Conveni per demanar el seu parer en relació amb la interpretació del citat article, una vegada el Tribunal Suprem ja s'ha pronunciat en supòsits essencials iguals, atès que en últim terme la interpretació dels convenis col.lectius correspon a la Jurisdicció Social, d'acord amb el que disposa l'article 91 de l'Estatut dels Treballadors.

Per últim, també s'ha de refusar l'al.legació de que en el Conveni que actualment s'està negociant la redacció és la mateixa i que precisament en el marc de la negociació s'hauria de modificar el citat article. Més aviat és al contrari. Si es volia que l'opció en tots els acomiadaments improcedents correspongués al treballador i no únicament en cas d'acomiadament disciplinari, el conveni així ho hauria d'haver explicitat clarament, ja que en cas contrari, si la citada clàusula no s'ha modificat s'ha d'entendre que la voluntat dels negociadors és que aquest dret només correspongui als treballadors en els supòsits d'acomiadament disciplinari. Així ho posa de relleu la sentència del Tribunal Suprem de data 21/4/10 (Rcud 1075/09 ), quan assenyala que "l a sucesiva redacció sobre una misma materia bien puede considerarse reveladora de una idéntica voluntad, pero sucesivamente plasmada en cada pacto posterior con una mayor precisión textual frente al precedente "

En sentido parecido, aunque bajo un presupuesto distinto, se ha pronunciado también esta Sala en su sentencia de 17/9/2012

Por lo expuesto y razonado la sentencia de instancia que se atuvo al referido criterio jurisprudencial ha de ser íntegramente confirmada tras ser desestimado el recurso interpuesto frente a ella; y así,

Vistos los preceptos legales citados, los concordantes y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de suplicación formulado por la representación Letrada de Doña. Aurora contra la sentencia de 3 de mayo de 2012 del Juzgado de lo Social nº 22 de Barcelona , en los autos 280/2012,



en juicio a su instancia frente a Hospital Clínic i Provincial de Barcelona, y, en consecuencia, confirmamos íntegramente dicha sentencia.

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

La presente resolución no es firme y contra la misma puede interponerse Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el cual deberá prepararse mediante escrito con la firma de Abogado y dirigido a ésta Sala en donde habrá de presentarse dentro de los diez días siguientes a la notificación, con los requisitos establecidos en el Art. 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el art. 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , consignará como depósito, al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en El Banco Español de Crédito -BANESTO-, Oficina núm. 2015, sita en Ronda de Sant Pere, nº 47, Nº 0937 0000 66, añadiendo a continuación los números indicativos del recurso en este Tribunal.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el art. 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANESTO (oficina indicada en el párrafo anterior), Nº 0937 0000 80, añadiendo a continuación los números indicativos del Recurso en este Tribunal, y debiendo acreditar el haberlo efectuado, al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Así por nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

#### VOTO PARTICULAR

que formula MATILDE ARAGÓ GASSIOT, al que se adhieren ASCENSIÓN SOLÉ PUIG, CARLOS HUGO PRECIADO DOMENECH, MIGUEL ANGEL FALGUERA BARÓ, FRANCISCO JAVIER SANZ MARCOS, M<sup>a</sup> MACARENA MARTÍNEZ MIRANDA y AMADOR GARCÍA ROS.

Respetando el criterio mayoritario de la Sala, discrepamos de su contenido, ya que consideramos que la decisión respecto al derecho de opción, debería haberse aceptado interpretando la cláusula, a favor de la demandante, a la que se declara en la sentencia la relación laboral de fijo de plantilla, por fraude de ley en la contratación temporal, valoración que da lugar a la declaración de improcedencia de la decisión extintiva.

Entendemos que se debía mantener doctrina, tal como venía interpretando esta Sala Social durante años, sin que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, relativa a la interpretación de convenio colectivo de entes o empresas públicas, deba ser extendida a los empleados del Hospital Clínic de Barcelona, cuyas relaciones laborales no se rigen por criterios analógicos a los del Estatuto Básico del Empleado Público.

Exponemos a continuación los motivos concretos de nuestra argumentación:

**PRIMERO.-** Contenido literal: El objeto del recurso se centra en la interpretación de la cláusula del convenio colectivo del "Hospital Clínic i Provincial de Barcelona" que dice textualmente: "Derecho de opción en caso de despido: En caso de sentencia firme en que se declare la improcedencia del despido, la opción de retorno al trabajo o la indemnización corresponde siempre al trabajador".

Ubicación sistemática: La cláusula se ubica siempre en el Capítulo 10, "Faltas y sanciones". No existe ninguna otra regulación en el convenio colectivo relativa a la extinción del contrato y sus efectos.

**SEGUNDO.-** Relación histórica: El contenido de la citada cláusula del artículo 72 del Convenio - antes art. 74 - se refleja de forma idéntica, reiteradamente, en todos los convenios suscritos entre las partes, desde el año 1996, tal como consta en las publicaciones siguientes:

- DOGC 2218 ; 14-06-96, para año 1995
- DOGC 2599 ; 14-3-98, para año 1996
- DOGC 3289 ; 20-12-2000, para año 2000
- DOGC 3464; 31-08-2001, para año 1999-2001
- DOGC 3785; 19-02-2002, para año 2002-2004



- DOGC 4727; 27-09-2006, para año 2006-2006, prorrogado hasta el año 2012.

Hay publicados con tres pactos de modificación parcial, a partir de 2010, que no afectan a la cláusula en cuestión.

**TERCERO.**- Doctrina interpretativa: La doctrina de esta Sala Social, expresada en las sentencias que interpretan la citada cláusula del art. 74/72, del convenio colectivo del Hospital Clínico y Provincial de Barcelona, desde el año 1999, se pronunció de manera uniforme en el sentido de que se trataba de una cláusula aplicable siempre que el despido fuera declarado improcedente, fuera por causa disciplinaria o no, como mejora del art. 56 ET .

Se interpretó de manera reiterada y constante, que la opción a favor del trabajador era aplicable a los despidos declarado improcedentes, por fraude de ley en la contratación temporal. Así se acordó en las sentencias - firmes - dictadas por esta Sala Social del TSJCat, siguientes:

STSJ, 16 de Julio del 1999 ( ROJ: STSJ CAT 6838/1999) Recurso: 93/1999

STSJ, 02 de Julio del 2001 ( ROJ: STSJ CAT 8557/2001) Recurso: 1080/2001

STSJ, 05 de Noviembre del 2001 ( ROJ: STSJ CAT 13473/2001) Recurso: 3393/2001

STSJ, 05 de Marzo del 2002 ( ROJ: STSJ CAT 2941/2002) Recurso: 6298/2001

STSJ, 09 de Abril del 2002 ( ROJ: STSJ CAT 4669/2002) Recurso: 8930/2001

STSJ, 16 de Julio del 2004 ( ROJ: STSJ CAT 8858/2004) Recurso: 2230/2004

STSJ, 15 de Noviembre del 2007 ( ROJ: STSJ CAT 13355/2007) Recurso: 4985/2007

STSJ, 16 de Julio del 2004 ( ROJ: STSJ CAT 8858/2004) Recurso: 8930/2001

STSJ, 8 de Julio de 2000, recurso 2558-00, La Ley 147756/00

STSJ, 8 de Octubre de 2002, recurso 4659-2002, La Ley 165886/02

STSJ, 18 de Julio de 2007, recurso 3354-2007, La Ley 119820/07

STSJ,19 de Julio de 2007, recurso 495-2007, La Ley 119830/07

**CUARTO.**- Otras sentencias: Es de destacar que el escrito de impugnación de la empresa no cita, por no haberse dictado en su momento, ninguna sentencia favorable a dar la opción a la empresa, dictada por esta Sala Social. Únicamente se conocen dos supuestos en que esta Sala no se había pronunciado sobre el sentido de la opción a favor del trabajador:

- STSJ, Social sección 1 del 17 de Septiembre del 2012 ( ROJ: STSJ CAT 9351/2012 )

Recurso: 3781/2012. No se trata del Convenio general que se discute en este supuesto sino del convenio franja del personal facultativo para 2010, publicado en el BOP. BOP 25-03-2010, art. 56.

- STSJC 23-11-2001, recurso 3084-2001, supuesto en que se revoca la sentencia, se declara la improcedencia y se da la opción a la empresa, sin que se examine ni se aplique el precepto en cuestión; que no se alegaba por ninguna de las partes.

**QUINTO.**- Contradicción reciente a partir de la doctrina del Tribunal Supremo sobre el convenio de la empresa pública **AENA**: Más recientemente, sobre el mismo tema - opción en caso de despido improcedente -, se han dictado por esta Sala Social sentencias discrepantes, que han llevado a plantear la cuestión nueva a debate en Sala General, a fin de unificar criterio, en concreto:

1- Sentencias a favor de mantener la doctrina de seguir manteniendo la interpretación literal de la cláusula y dar la opción al trabajador, en los despidos improcedentes por fraude de ley en la contratación, por entender que no es aplicable el criterio del TS relativo a la empresa pública **AENA** o de otros entes públicos, ya que el Hospital Clínic de BCN rige sus relaciones laborales por el derecho laboral privado general (cuestión no controvertida por las partes): SSTSJ Cat. 4-02-2013 rs. 6711-2012 y de 24-01- 2013, rs. 5930-2012, dan la opción al trabajador, no firmes, pendientes de recurso de casación para unificación de doctrina.

2 - Sentencia a favor de interpretar el precepto como únicamente aplicable al despido improcedente por causa disciplinaria, que es la sentencia citada por la ponencia mayoritaria, que modifica la doctrina de la Sala: STSJ Cat. 19-11-2012, rs. 5274 firme. Opción a la empresa, por aplicación analógica de la doctrina del TS relativa a la opción, dictada en convenios de **AENA**, etc.

**SEXTO.**- La no justificación del cambio de doctrina: El giro doctrinal que se ha resuelto por la mayoría de la Sala, se basa en la aplicación de la doctrina reciente del Tribunal Supremo, en sentencias dictadas en recurso de casación para la unificación de doctrina, que se pronuncian por una interpretación restrictiva del derecho



de opción en otros convenios colectivos, todos ellos relativos a cláusulas de opción en empresas públicas o entes públicos, en las que se aplica también la doctrina del contrato indefinido-no fijo.

Se motiva la interpretación, en dichas sentencias, por razones que no son iguales a las que se plantean en el litigio objeto de examen, es decir al convenio del Hospital Clínic de Barcelona.

Concretamente, consideramos que no es aplicable la doctrina del TS relativa a la interpretación de los convenios de **AENA**, Ayuntamiento de Gáldar y Ayuntamiento de Camas, ya que:

1º El "Hospital Clínic i Provincial de Barcelona" tiene naturaleza jurídica privada, aunque sea hospital subvencionado o parcialmente concertado. No se le aplica el convenio de la XHUPC. Al personal se le aplica la legislación laboral común, no es personal estatutario, ni se ha admitido la doctrina del contrato indefinido no fijo, ni el Estatuto básico del Empleado público.

Así se indica en las sentencias de esta Sala Social 3804/1998, de 9 de junio , y la de STSJ, Social sección 1 del 15 de Noviembre del 2007 ( ROJ: STSJ CAT 13355/2007 )

Recurso: 4985/2007, donde se cita la del T.S de 23.05.1985 "el Hospital demandado (...) a diferencia de lo que sucede con otros centros sanitarios con idéntica finalidad benéfico- sanitaria y docente, no es un establecimiento vinculado al Estado o a la Diputación con dependencia de los mismos, sino que es un centro gestionado, sin duda por tener su origen en una fundación en régimen de patronato, con personalidad y patrimonio independientes de aquéllos, de tal modo que, aunque no puede desconocerse su participación en funciones públicas como la de asistencia sanitaria benéfica y la formativa de Médicos, ello no significa, como ya estableció en supuesto similar la sentencia de la Sala Primera de este Tribunal de 20 de mayo de 1941 (...) que constituya un organismo estatal, de tal modo que ese ostentar una personalidad independiente para ser sujeto de derechos y de obligaciones, y ese tener un patrimonio privativo, aunque en él se integren además de ingresos y bienes propios subvenciones oficiales, impiden atribuirle la calificación de organismo dependiente de la Administración del Estado"

2º.- La doctrina del Tribunal Supremo se ha venido aplicando para diferenciar el derecho de opción a trabajadores fijos de plantilla y a indefinidos, estableciendo que no es discriminatoria la no aplicación extensiva a los contratos temporales fraudulentos. Pero algunas de las sentencias que se citan se refieren a supuestos en que se discute la extensión de una cláusula literalmente pactada para el personal fijo y su carácter no discriminatorio, que nada tienen que ver con el debate planteado en el Hospital Clínic de Barcelona, en que no se discute la fijeza de plantilla. Así en las sentencias de referencia:

- STS 25-10-2005 , rec. 2317-2004. Correos y telégrafos.
- STS 11-05-2010 , rec 1614-2009,. Ayuntamiento de Gáldar.
- STS 23-04-2012 , rec. 3533-2011, Ayuntamiento de Camas.
- STS 25-09-2012 , rec. 3298-2011, Ayuntamiento de Camas.

3º.- La doctrina del Tribunal Supremo se refiere de forma especial al Estatuto básico del Empleado público, que tampoco es aplicable al Hospital Clínic. Así se plantea en el caso de **AENA**, cuando se afirma la necesidad de hacer una interpretación restrictiva atendiendo a la sistemática de la norma y expresando en ambas resoluciones: "... de forma similar a como lo hace para el personal fijo en el empleo público en general el art. 96 del Estatuto Básico aprobado por Ley/2007, quiso conceder la opción al trabajador ..."

- STS 3-10-2011 , rec. 4649-2010, **AENA**.
- STS 11-07-2012 , rec. 4157-2011, **AENA**.

La valoración de la empresa pública incorpora los elementos que ha introducido la jurisprudencia, teniendo en cuenta el acceso a la plantilla fija respetando el principio constitucional de publicidad, igualdad, mérito y capacidad, que no son trasladables a las relaciones laborales de un Hospital privado, aunque sea subvencionado, como no lo son las consideraciones relativas a los contratos indefinidos no fijos, propios del acceso al empleo en centros públicos, entre otras muchas diferencias, que no permiten hacer extensión analógica de la interpretación.

**SÉPTIMO.-** Por otra parte, la jurisprudencia dictada sobre la interpretación de los convenios colectivos, establece de forma reiterada y constante que:

STS 8796/2011 de 28/11/2011 :

"... es jurisprudencialmente incontestable que dado el carácter mixto del Convenio Colectivo -norma de origen convencional/contrato con eficacia normativa- su interpretación ha de atender tanto a las reglas legales



atinentes a la hermenéutica de las normas jurídicas como a aquellas otras que disciplinan la interpretación de los contratos, esto es, los arts. 3, 4 y 1281 a 1289 CC (valgan de ejemplo las SSTS 05/04/10 -rc 119/09 -; 21/04 / 10 -rcud 1075/09 -; 18/05/ 10 -rc 171/09 -; 18/05/ 10 -rc 172/09 -; y 15/06/10 -rc 179/09 -), de manera que la interpretación del Convenio ha de combinar los criterios de orden lógico, gramatical e histórico (por ejemplo, SSTS 21/12/09 -rc 11/09 -; 05/04 / 10 -rc 119/09 -; 21/04/ 10 -rcud 1075/09 -; 18/05/ 10 -rc 172/09 -; y 15/06/10 -rc 179/09 -), junto con el principal de atender a las palabras e intención de los contratantes (próximas en el tiempo, SSTS 27/01/09 -rcud 2407/07 -; 05/04 / 10 -rc 119/09 -; 21/04/ 10 -rcud 1075/09 -; 18/05/ 10 -rc 172/09 -; y 15/06/10 -rc 179/09 -)."

Por ello, el método de aplicar directamente la interpretación de una cláusula de un convenio general de una empresa a otra empresa, aunque su contenido sea similar, sin tener en cuenta los demás criterios de interpretación - como si de una ley o decreto se tratara - no es conforme a la expresada jurisprudencia.

Así se deduce también de la consideración del T.S. en la sentencia dictada el 21 de marzo de 2012, rec. 1037-2011, que desestima el recurso por falta de contradicción, entendiendo que los casos de despidos improcedentes del Ayuntamiento de Avilés y el Ayuntamiento de Ourense, personal laboral de la administración local. En ambos, se analiza el supuesto de opción a favor del trabajador, se trata de convenios distintos y por ello es distinto el debate planteado, no admitiendo la alegada contradicción.

**OCTAVO.-** En el caso concreto, entendemos que la interpretación propia de las palabras ("siempre", que sentido tendría?) y de la intención de los contratantes, expresada en la reiteración de una cláusula que venía siendo interpretada y aplicada y consentida en un sentido, a lo largo de más de quince años, se deduce la expresión de la voluntad de las partes, que no puede ser otra que entender que pretendieron una mejora de la opción, favorable al trabajador, en toda declaración de improcedencia del despido, cuya interpretación no puede ser eludida ni ignorada, sin vulnerar los elementos interpretativos del convenio, antes referidos.

Si bien es cierto que genéricamente, de la reiteración de una cláusula interpretada en un sentido por sentencia, no se deduce mecánicamente la conformidad de las partes negociadoras, también lo es que si se ha de tener en cuenta la trayectoria histórica de la negociación, porque si puede ser que evidencie la voluntad de los contratantes. Y en el caso concreto, se trata de la reiteración de como mínimo 5 convenios colectivos, a lo largo de casi 15 años, y con más 10 sentencias firmes, de un convenio de ámbito de empresa. Lo que es realmente difícil de establecer es la valoración contraria, como pretende la posición mayoritaria, es decir, la interpretación restrictiva de la voluntad pactada, a pesar de la reiterada y constante declaración de los tribunales y el mantenimiento del texto por los negociadores.

Atendiendo además a que opera dicha cláusula de opción como un elemento de estabilidad en el empleo, en una empresa en la que, como evidencian las resoluciones judiciales, la contratación temporal tiene un volumen importante de personal y elemento central de de conflictividad laboral/judicial, parece claro que si las partes no querían interpretar que la opción al trabajador establecida como literalmente "siempre", con carácter generalista, - a todo despido improcedente, es decir, como mejora del 56 del ET-, fácilmente se hubiera negociado un cambio de la cláusula a lo largo de los años de negociación.

En consecuencia, consideramos que no existe motivo para variar la doctrina anterior de la Sala acerca de la interpretación del texto del convenio colectivo, ya que no cabe hacer extensiva la interpretación relativa al EBEP, que no se aplica en las relaciones laborales de la empresa demandada. Tal modificación de la norma colectiva, en todo caso y si las partes quisieran, debería ser fruto de la futura negociación colectiva.

De ello se deduce que la sentencia debía haberse pronunciado en el sentido de estimar el recurso de suplicación y mantener la opción, una vez declarada la improcedencia del despido, a favor de la trabajadora, tal como se venía interpretando anteriormente por esta Sala Social.

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