



Roj: **STS 3055/2003** - ECLI: **ES:TS:2003:3055**

Id Cendoj: **28079130042003100187**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **06/05/2003**

Nº de Recurso: **7034/1998**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **JUAN ANTONIO XIOL RIOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a seis de Mayo de dos mil tres.

Visto por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, Sección Cuarta, constituida por los señores al margen anotados, el recurso de casación que con el número 7034/1998, ante la misma pende de resolución, interpuesto por la procuradora Dña. Sara Gutiérrez Lorenzo en nombre y representación de D. Abelardo contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 23 de febrero de 1998 en recurso número 3394/94. Siendo parte recurrida el abogado del Estado en nombre y representación de la Administración General del Estado y el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de Tamoin-Talleres y Montajes Industriales, S. A.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. - La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco dictó sentencia el 23 de febrero de 1998, cuyo fallo dice:

«Fallo. Con rechazo de la causa de inadmisibilidad articulada por el abogado del Estado y por la representación procesal de la empresa codemandada, en relación con la incompetencia del Orden jurisdiccional Contencioso-administrativo por considerar competente el Orden jurisdiccional Social, y desestimando el recurso contencioso-administrativo 3394/1994 interpuesto por D. Abelardo, representado y defendido por el Letrado D. Ernesto Martínez de la Hidalga, contra la resolución del ministro de Trabajo y Seguridad Social de 30 de junio de 1994 y por la que, entre otros pronunciamientos, desestimó el recurso de alzada interpuesto por D. Abelardo y D. Jesús Manuel contra resolución de la Dirección General de Trabajo de 21 de enero de 1994 recaída en el expediente de regulación de empleo 537/1993 por la que autorizaba a la empresa Tamoin-Talleres y Montajes Industriales, S. A. la extinción de los contratos de trabajo de 73 trabajadores afectados y relacionados en los anexos, ejercientes en los centros de trabajo de Vizcaya (45 trabajadores), 17 al de Ugarte (Vizcaya), 5 a la oficina central de Bilbao y 6 al centro de trabajo de Granollers (Barcelona), debemos: Primero. Declarar como declaramos la conformidad a Derecho de las resoluciones recurridas, por lo que las confirmamos. Segundo. No hacer expreso pronunciamientos en cuanto a las costas».

SEGUNDO. - La sentencia se funda, en síntesis, en lo siguiente:

En cuanto a la causa de inadmisibilidad articulada por el abogado del Estado por entender que el asunto debe ventilarse en el Orden Jurisdiccional Social y no en el Contencioso-administrativo, procede su desestimación de acuerdo con la sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 26 de diciembre de 1998 - cuya doctrina ha sido asumida por la Sala de Conflictos de Competencias entre el Orden jurisdiccional Contencioso-administrativo y Social mediante auto de 7 de julio de 1994-, según la cual la mayoría de las circunstancias requeridas en la relación que debe acompañarse al expediente de regulación ( artículo 13 del Real Decreto 696/1980) se refiere a quienes deben ser despedidos o suspendidos en su relación laboral, como es el caso de los representantes legales, pero también a la especialidad y categoría profesional, cuestiones directamente implicadas con la viabilidad económica o tecnológica de la empresa, sobre la cual indudablemente ha de



pronunciarse la Administración, y que suponen un examen de los puestos concretos de trabajo que es necesario amortizar, suspender en su prestación o reconvertir.

La preferencia del recurrente como representante sindical, miembro del comité de empresa, ha de quedar ceñida al ámbito al que se extendía su representatividad, esto es, al centro de trabajo de Vizcaya. Así se desprende del artículo 68 b) del Estatuto de los Trabajadores, que se refiere específicamente al centro de trabajo.

En relación con la cuestión referida a la permanencia del trabajador en relación con otras categorías profesionales en el centro de trabajo de Vizcaya, el actor no podría ejercitar la preferencia en relación con otros colectivos de trabajadores, puesto que se acordó la extinción de los soldadores oficiales de tercera, por cuanto se valoró el prescindir de trabajadores fijos en relación con actividades específicas de montaje en la empresa codemandada.

Como ha señalado la jurisprudencia, la conclusión contraria en principio podría incidir en el correcto funcionamiento la empresa, además de que podría vulnerar la situación laboral de terceros trabajadores en relación con la necesidad de ser sustituidos por un representante sindical cuyo puesto de trabajo ha desaparecido en el seno de la empresa.

El presupuesto de aplicación del artículo 68 b) del Estatuto de los Trabajadores es la existencia de dos o más trabajadores entre los que establecer algún tipo de prioridad o preferencia. En suma, al no quedar otros trabajadores del mismo grupo profesional y categoría del recurrente, no procedía aceptar el ejercicio de derecho de preferencia. Ello es así sin perjuicio de que, con posterioridad, se hayan realizado tareas propias y específicas de las desarrolladas por el recurrente con trabajadores eventuales o con contratación temporal o de obra, circunstancia en parte vinculada a la razón de ser del expediente de regulación de empleo aprobado por causa de crisis económica de la empresa y tendente a eliminar personal estable o fijo vinculado a la actividad propia de montaje de la empresa interesada.

TERCERO. - En el escrito de interposición del recurso de casación presentado por la representación procesal de D. Abelardo se formulan, en síntesis, los siguientes motivos de casación:

Motivo primero y único. Al amparo del artículo 95.1.4º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, por infracción de los artículos 51.9 (hoy apartado 7) y 68 b), ambos del Estatuto de los Trabajadores, en cuanto establecen las garantías de los representantes sindicales en lo relativo a permanencia en la empresa en el supuesto de expediente de regulación de empleo con rescisión de contratos de trabajo.

En cuanto al ámbito de la representatividad del recurrente, en el acta de la reunión entre la representación de la empresa y de los trabajadores del día 22 de noviembre 1993 se manifiesta que la empresa no tiene ningún inconveniente en que la Mesa representa a todos los trabajadores integrantes del personal fijo. En consecuencia, la empresa admite que la representación de los representantes sindicales no es local, sino que abarca a todos los trabajadores.

El escrito remitido por la empresa el 2 de diciembre de 1993 a la Dirección General manifiesta que la ubicación de los trabajadores no coincide con la del anterior expediente debido al carácter temporal e itinerante de los centros de trabajo de las empresas de montaje.

En conclusión, la garantía sindical debe extenderse a todos los centros de trabajo donde se encuentren trabajadores de la empresa y no es admisible la posición de ésta de reconocer una representatividad como la expuesta cuando tiene interés en ello y, en contra de sus propios actos, querer restringirla en el recurso a la provincia de Vizcaya.

En cuanto a la inexistencia de soldadores oficiales de 3ª con los que ejercitar el derecho preferente, tal planteamiento es erróneo, pues ni el artículo 51.9 ni el artículo 68 b) del Estatuto de los Trabajadores reclaman una identidad tan absoluta para el ejercicio del derecho de garantía. La garantía de permanencia no es un privilegio del representante sindical, sino una tutela de la representación de los trabajadores. Cita la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de noviembre de 1996, la cual resuelve un recurso de amparo en un supuesto idéntico al aquí planteado.

Este criterio ya había sido aplicado por resoluciones de Tribunales Superiores de Justicia que cita.

La aplicación de la normativa y jurisprudencia citadas determina que la resolución del contrato de trabajo del recurrente no se ajusta a Derecho, ya que su preferencia de permanencia en la empresa tiene un ámbito mayor de aplicación y se da frente al colectivo que integra el grupo profesional de representante sindical y no meramente a la categoría profesional. A mayor abundamiento, tomando en consideración que la empresa procedió a contratar eventuales o fijos de obra, ni siquiera es necesaria la sustitución de un trabajador fijo de



la empresa por el recurrente, sino que es perfectamente factible la permanencia del mismo sin sustitución a los efectos de ejercer sus funciones incluso respecto de los nuevos contratados.

En otro supuesto sería patente la vulneración del derecho fundamental de libertad sindical y de los derechos sindicales de los trabajadores.

Termina solicitando que se dicte sentencia por la que se case la sentencia recurrida y en su lugar se dicte otra que la sustituya por la que se declare la nulidad de resoluciones del 21 de enero de 1994 de la Dirección General y de 30 de junio de 1994 del ministro de Trabajo y Seguridad Social, por no ser conformes a Derecho, en lo que hace referencia a la autorización administrativa de extinción del contrato de trabajo del recurrente y, en su consecuencia, se reconozca y declare el derecho de este trabajador a reincorporarse a la plantilla de la empresa en idénticas condiciones económicas, sindicales y profesionales a las que regían en el momento de la extinción del contrato, así como a las compensaciones económicas, con el interés legal, que correspondan desde el momento de cese hasta su reincorporación efectiva en la empresa, condenando a la parte demandada a estar y pasar por tales declaraciones y realizar los actos conducentes a su pleno y completo cumplimiento, con abono de costas.

CUARTO. - En el escrito de oposición al recurso de casación presentado por el abogado del Estado se formulan, en síntesis y entre otras, las siguientes alegaciones:

Se remite a la fundamentación de la sentencia recurrida.

Mediante el recurso de casación se pretende una revisión de los hechos probados que está vedada en el recurso de casación. Se pretende fundamentar el mismo en que la representatividad del trabajador no se ciñe al centro de trabajo de Vizcaya, sino que, con base en haberse reconocido otra representatividad por la empresa, debe así considerarse por el Tribunal. Sin embargo, la sentencia no considera que resulte acreditado ni que la empresa haya realizado el reconocimiento de la representatividad a la que se refiere el recurrente, ni tampoco que la representatividad del recurrente sea la que se pretende en su escrito. Al contrario, la sentencia hoy impugnada parte, como datos fácticos no revisables en vía casacional, de que el recurrente es representante legal del centro de trabajo de Vizcaya y no de los demás centros de trabajo de la empresa, por lo que con relación a dicho centro de trabajo han de operar las atribuciones y garantías que, como representante de los trabajadores de dicho centro de trabajo, ostenta, así como la prioridad que defiende no puede referirse al conjunto de la empresa, sino al centro de trabajo de Vizcaya.

Termina solicitando que se desestime el recurso de casación y se confirme la sentencia recurrida.

QUINTO. - En el escrito de oposición al recurso de casación presentado por la representación procesal de Tamoin-Talleres y Montajes Industriales, S. A. se formulan, en síntesis y entre otras, las siguientes alegaciones:

La argumentación del recurrente en el recurso consiste en la discusión de aquellos extremos fácticos -el ámbito de representatividad y la inexistencia tras el expediente de trabajadores de la misma categoría o grupo-, intentando sustituir el criterio del juzgador por el suyo propio en la apreciación de la resultancia fáctica.

La valoración de la prueba es cuestión de la soberanía del juzgador de instancia, el cual la ha establecido sobre la expresa consideración y ponderación de la prueba practicada, en particular la documental y la resultante del propio expediente administrativo, tal y como resulta de la sentencia.

La casación no constituye una instancia, de modo que la misma ha de partir de los mismos hechos que la sentencia de instancia, con mayor motivo al haber sido derogado el antiguo apartado 4 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siempre que las conclusiones fácticas del juzgador de instancia no se acrediten contrarias a la lógica o absurdas según el criterio humano, lo que no es de apreciar en la sentencia recurrida.

La tutela de la representación de los trabajadores no autoriza una interpretación personalista que se traduzca en un derecho incondicional y permanente de cualquier representante sindical a ocupar un puesto de trabajo. Lo que la norma pretende evitar es que la empresa elimine arbitrariamente representantes menoscabando la representación colectiva.

Ha de considerarse el ámbito de representación, que es el único referente al que puede vincularse la tutela legal y, en segundo lugar, ésta se traduce en derecho de preferencia sobre el grupo profesional, pues es evidente que no puede entenderse referida a la totalidad de los trabajadores de la empresa y, en fin, está la consideración de la representación propiamente dicha en el caso concreto, es decir, la valoración en sí en el caso que nos ocupa de si la representación de los trabajadores queda comprometida.

La prueba practicada en autos pone de manifiesto que el recurrente resultó elegido como integrante de la lista de una determinada central en la que, en consecuencia, existían otros candidatos que, por tanto, sustituían



automáticamente la vacante de recurrente, de modo que la representación de los trabajadores quedaba plenamente asegurada.

Termina solicitando que se dicte sentencia por la que, desestimando el recurso, se confirme la sentencia recurrida con la imposición de las costas del recurso al recurrente.

SEXTO. - Para la deliberación y fallo del presente recurso se fijó el día 30 de abril de 2003, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - El recurso de casación que enjuiciamos se interpone por D. Abelardo contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco el 23 de febrero de 1998, por la que se desestima el recurso contencioso-administrativo 3394/1994 interpuesto contra la resolución del ministro de Trabajo y Seguridad Social de 30 de junio de 1994 y la resolución de la Dirección General de Trabajo de 21 de enero de 1994 recaída en el expediente de regulación de empleo 537/1993 por la que autorizaba a la empresa Tamoin-Talleres y Montajes Industriales, S. A. la extinción de los contratos de trabajo de 73 trabajadores afectados y relacionados en los anexos, ejercientes en los centros de trabajo de Vizcaya (45 trabajadores), 17 en el de Ugarte (Vizcaya), 5 en la oficina central de Bilbao y 6 en el centro de trabajo de Granollers (Barcelona).

La sentencia rechaza considerar la preferencia del recurrente como representante sindical, miembro del comité de empresa, por estimar que la misma queda ceñida al ámbito al que se extendía su representatividad, esto es, al centro de trabajo de Vizcaya, y que no podría ejercitar la preferencia en relación con otros colectivos de trabajadores, puesto que se acordó la extinción de los soldados oficiales de tercera, categoría profesional a la que pertenece.

SEGUNDO. - En el motivo primero y único se alega, en síntesis, que la garantía sindical debe extenderse a todos los centros de trabajo donde se encuentren trabajadores de la empresa, puesto que la empresa admitió en el expediente que la representación de los representantes sindicales no es local, sino que abarca a todos los trabajadores y, por otra parte, puso de manifiesto en escrito remitido a la Dirección General el carácter temporal e itinerante de los centros de trabajo de las empresas de montaje, con la consiguiente variabilidad en la ubicación de los trabajadores.

El condicionamiento de la permanencia a la existencia de soldados oficiales de tercera con los que ejercitar el derecho preferente responde, a su juicio, a un planteamiento erróneo, pues ni el artículo 51.9 ni el artículo 68 b) del Estatuto de los Trabajadores reclaman una identidad tan absoluta para el ejercicio del derecho de garantía, que no es un privilegio del representante sindical, sino una tutela de la representación de los trabajadores y ni siquiera es necesaria la sustitución de un trabajador fijo de la empresa por el recurrente, pues la empresa procedió habitualmente a contratar eventuales o fijos de obra para las mismas funciones que éste realizaba.

El motivo debe ser estimado.

TERCERO. - La jurisprudencia declara que en el recurso de casación no puede solicitarse una revisión de la valoración de la prueba llevada a cabo por la Sala de instancia y que, en consecuencia, la fijación del factum [los hechos] constituye competencia exclusiva del Tribunal de instancia

Como hechos fijados por el Tribunal a quo podemos señalar los siguientes:

a) El recurrente había sido elegido como representante sindical, miembro del comité de empresa del centro de trabajo de Vizcaya.

b) La aprobación del expediente de regulación comportó la extinción de los soldados oficiales de tercera, por cuanto se valoró el prescindir de trabajadores fijos en relación con actividades específicas de montaje en la empresa codemandada, de tal suerte que ni en el expresado centro de trabajo ni en la empresa en su conjunto existían trabajadores fijos del mismo grupo profesional y categoría que el recurrente, aunque se contrataron trabajadores eventuales, temporales o de obra, circunstancia en parte vinculada a la razón de ser del expediente de regulación (reducir costes originados por los trabajadores fijos).

CUARTO. - La parte recurrente acepta básicamente estos hechos. Reconoce, explícitamente en la instancia e implícitamente en la casación que el expediente de regulación de empleo determinó el despido de todos los soldados oficiales de segunda y de tercera, y que la elección del recurrente tuvo lugar para el comité de empresa del centro de trabajo de Vizcaya.

Sin embargo, discute su valoración a los efectos de la aplicación del derecho de preferencia para los representantes sindicales contemplado en el artículo 68 b) del Estatuto de los trabajadores, con arreglo al cual «los miembros del comité de empresa y los delegados de personal, como representantes legales de los



trabajadores, tendrán, a salvo de lo que se disponga en los convenios colectivos, las siguientes garantías: [...]  
b) Prioridad de permanencia en la empresa o centro de trabajo respecto de los demás trabajadores, en los supuestos de suspensión o extinción por causas tecnológicas o económicas».

Para fundamentar su pretensión llama la atención sobre algunos extremos fácticos que no contradicen la valoración probatoria de la Sala a quo, por lo que su apreciación resulta permitida por la facultad de integración de los hechos de que dispone el tribunal de casación, hoy reconocida en el artículo 88.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa 29/1998, de 13 de julio.

El recurrente, en efecto, opone a la virtualidad del hecho consistente en la falta de trabajadores de su mismo grupo profesional o categoría la apreciación de que el Estatuto de los Trabajadores no reclama una identidad tan absoluta para el ejercicio del derecho de garantía, sino que la preferencia debe entenderse referida al grupo de los representantes sindicales, máxime cuando la empresa contrató a trabajadores eventuales o de obra para realizar las mismas funciones.

QUINTO. - Esta fundamentación del motivo de casación, a juicio de esta Sala, aun cuando debe ser objeto de matización, tiene relevancia para desvirtuar las apreciaciones de la sentencia impugnada en relación con el ámbito de la prioridad de permanencia como representante sindical, por las siguientes razones:

a) La prioridad de permanencia en la empresa a favor de los representantes de los trabajadores en caso de despido objetivo que consagran los artículos 51.9, 52 c) y 68 b) del Estatuto de los trabajadores tiene un carácter instrumental de garantía del desempeño de sus funciones representativas, como manifestación del derecho fundamental de libertad sindical que reconoce el artículo 28 de la Constitución. Es a través de los órganos de representación como fundamentalmente se ejerce aquel derecho, particularmente cuando, en expresión del Tribunal Constitucional (sentencia de 26 de noviembre de 1996, fundamento jurídico 5), nos hallamos en presencia de un comité sindicalizado cuyos miembros, afiliados a una central sindical, tienen acceso al órgano de representación unitaria por la candidatura de dicho sindicato. La garantía prevista en el Estatuto de los Trabajadores supone un medio de protección del representante de los trabajadores frente a decisiones empresariales adoptadas con ánimo discriminatorio, al tiempo que se evita que el órgano de representación sufra restricciones en su composición.

b) La garantía sindical que se traduce en la prioridad de permanencia de los representantes legales de los trabajadores no exige para su efectividad que se considere como un derecho de permanencia en el puesto de trabajo esgrimible con carácter absoluto frente a todos los demás trabajadores de cualquier grupo o categoría. Entenderla vinculada a la idoneidad del trabajador en relación con las características del puesto de trabajo resulta una exigencia razonable de organización de la empresa que no restringe el núcleo esencial del derecho de prioridad, que es relativo por su propia esencia.

La sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de noviembre de 1996 -citada por la parte recurrente- no conduce a otra conclusión, pues en ella, partiendo de la existencia del derecho, lo que se considera contrario al derecho de libertad sindical es «colocar a los titulares del derecho [de prioridad de permanencia] en la situación límite de o renunciar al mismo, para beneficiar a otros trabajadores sin representación alguna, o no renunciar, con perjuicio de ellos». En el caso contemplado por esta sentencia, en efecto, en la relación de afectados se incluía a los recurrentes -reconociéndoles la titularidad del derecho-, pero se establecía la reserva del ejercicio por cada uno de ellos de la garantía de prioridad de permanencia, que daría lugar a ser sustituidos por otros trabajadores no incluidos en la relación.

Como declara la sentencia de la Sala Social de este Tribunal de 27 de julio de 1989, dictada en un recurso de casación por infracción de ley, «el presupuesto implícito para la aplicación de la garantía del art. 68 b) del Estatuto de los trabajadores [...] es la existencia de dos o más trabajadores entre los que establecer algún tipo de prioridad o preferencia». Dicha sentencia rechaza que dicha prioridad se establezca genéricamente en relación con el grupo de todos los representantes sindicales, sino que la refiere a los puestos de trabajo.

c) Sin embargo, dicha preferencia no sólo puede estimarse concurrente, como sostienen las partes demandadas, cuando concurren trabajadores de la misma categoría o grupo profesional. Antes bien, ese derecho de permanencia se produce cuando los puestos que subsisten son equivalentes, o entre trabajadores que cumplen la misma función. No cabe descartar, dada la prevalencia como derecho fundamental de la libertad sindical, que el derecho de prioridad que tiende a su salvaguarda pueda ejercerse cuando es posible hacerlo efectivo acudiendo a la movilidad de puestos de trabajo, siempre que exista idoneidad del titular del derecho de prioridad de permanencia para obtener una ocupación efectiva mediante el ejercicio de las funciones correspondientes.

d) La preferencia que otorga la protección de los derechos fundamentales, aplicada al derecho de prioridad de permanencia, obliga a la empresa a acreditar en el expediente de regulación la concurrencia de razones



organizativas o productivas de entidad que justifiquen la exclusión de aquel derecho y a la Administración a ponderarlas expresamente en el momento de resolver, pues, en otro caso, ha de entenderse que prima la garantía legalmente establecida. Aquel carácter preferente determina la inversión del onus probandi [carga de la prueba] en la acreditación de las causas que justifican el carácter no discriminatorio o antisindical del despido si por el trabajador se aducen hechos de entidad suficiente para abrir razonablemente la hipótesis de la vulneración del derecho fundamental (sentencia del Tribunal Constitucional 17/2003, de 30 de enero).

Como declara la jurisprudencia constitucional desde la sentencia del Tribunal Constitucional 38/1981, de 23 de noviembre, cuando se prueba indiciariamente que la extinción de un contrato de trabajo puede enmascarar una lesión de derechos fundamentales, atañe al empresario acreditar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se trate.

Esta acreditación no es suficiente cuando se apoya en una argumentación a priori, fundada en la imposibilidad en abstracto de respetar el derecho de prioridad, o basada en principios generales de orden jurídico o económico, sino que se requiere una justificación que considere de manera convincente y concreta las circunstancias y la situación particular de la empresa y de su organización para demostrar que no es posible dar efectividad al expresado derecho. En palabras del Tribunal Constitucional -como declara la sentencia 29/2002, de 11 de febrero, y recuerda la sentencia de 49/2003, de 17 de marzo (fundamento jurídico 5)-, en relación con el alegato empresarial formulado contra la prueba indiciaria aportada por el demandante (en el caso, sobre la existencia de un despido discriminatorio por motivos sindicales) es exigible una justificación causal de la decisión «en su específica y singular proyección sobre el caso concreto, explicando objetiva, razonable y proporcionadamente tal decisión y eliminando toda sospecha de que ésta ocultara la lesión de un derecho fundamental de la trabajadora, sin que pueda servir para lograrlo la abstracta razón de legalidad invocada».

SEXTO. - La sentencia de instancia no respeta esta interpretación cuando afirma que el actor no podría ejercitar la preferencia en relación con otros colectivos de trabajadores, puesto que se acordó la extinción de los soldadores oficiales de tercera de carácter fijo, y que ello es así sin perjuicio de que, con posterioridad, se hayan realizado tareas propias y específicas de las desarrolladas por el recurrente con trabajadores eventuales o con contratación temporal o de obra.

Esta Sala, en el ejercicio de la facultad de integración de los hechos que corresponde al tribunal de casación -hoy reconocida por el artículo 88.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa 29/1998, de 13 de julio-infiere de este razonamiento que la sentencia impugnada no reconoce relevancia alguna a la falta de motivación de la resolución que aprueba en primer grado el expediente en relación con este punto ni a la falta de prueba en el expediente y en el proceso sobre la idoneidad del recurrente para ocupar otro puesto de trabajo con funciones análogas a las suyas o para desempeñar funciones similares a las que cubren trabajadores contratados por la empresa como eventuales para obra determinada, a pesar de concurrir, como veremos, cuando menos indicios de la posible conducta de la empresa en el expediente tendente a prescindir de un representante sindical que en las prolijas negociaciones previas a la resolución del expediente formó parte de un comité que se mostró especialmente activo, se opuso a las pretensiones de la empresa y fue tachado de tener una actitud obstruccionista y dilatoria, como consta en el expediente.

Por ello estimamos que se ha producido la infracción del Ordenamiento Jurídico por vulneración de los preceptos invocados por la parte recurrente y, en consecuencia, procede casar la sentencia impugnada.

SÉPTIMO. - El artículo 102.1.3º de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956, aplicable a este proceso por razones temporales, dispone que en determinados casos, entre los que se encuentra el de estimación del recurso de casación por alguno de los motivos deducidos al amparo del artículo 95.1.4º de la citada Ley, la Sala resolverá lo que corresponda dentro de los términos en que apareciera planteado el debate.

OCTAVO. - El recurrente ha argumentando en el proceso en el sentido de que su trabajo es desarrollado por numerosos trabajadores eventuales, muchos de ellos clasificados como especialistas en la misma categoría tarifaria. Ha afirmado que su permanencia era posible en sustitución de las funciones realizadas por éstos. Ha terminado imputando a la empresa que ha eludido conscientemente la contratación de oficiales de tercera, sustituyéndolos por especialistas, con el fin de impedir su permanencia. En el expediente consta que se opuso a la regulación de empleo en el ejercicio de sus funciones de representación y que formaba parte del comité de empresa cuya postura fue calificada en el expediente administrativo de «obstruccionista y dilatoria».

Estas circunstancias, junto con las profusas contrataciones de eventuales para obra determinada realizadas por la empresa con posterioridad al expediente de regulación en funciones que prima facie son similares a las realizadas por el recurrente, imponían a la empresa la carga de demostrar que la permanencia de



aquél resultaba imposible por falta de idoneidad para realizar las correspondientes funciones o por razones organizativas de peso.

Frente a estas afirmaciones, imputaciones y datos la empresa no desarrolló en el expediente administrativo labor alguna encaminada a demostrar la imposibilidad de mantener el derecho de prioridad de permanencia de los representantes legales que incluyó en la relación de afectados. Como consecuencia de ello, las razones que justifican la exclusión del derecho de prioridad de permanencia no se reflejan en la motivación de la resolución administrativa de primer grado (la cual ni siquiera se plantea la cuestión), sino que aparecen explicitadas ex novo [sin antecedentes] en la resolución que resuelve los recursos de alzada, a raíz del interpuesto por el recurrente y otra persona, la cual se limita a recoger las alegaciones de la empresa al evacuar el traslado.

Tampoco en el proceso se ha producido una argumentación convincente y dotada de la debida justificación probatoria en relación con la falta de idoneidad del recurrente para recibir ocupación efectiva desempeñando funciones análogas a las correspondientes a su categoría laboral y con la ausencia de motivación discriminatoria o antisindical del despido. No ha existido demostración alguna concreta sobre la inidoneidad del actor para desempeñar otros puestos restantes en la empresa o realizar sus funciones en sustitución de los trabajadores eventuales para obra determinada contratados profusamente a partir del expediente de regulación de empleo (y con anterioridad a él). El razonamiento a priori de la empresa -y, en el mismo sentido, el de la Abogacía del Estado- ha continuado girando en torno a la imposibilidad genérica de mezclar categorías y a la afirmación de principio de que la preferencia de un representante sindical excluido como trabajador fijo en el expediente no puede hacerse efectiva a costa de trabajadores eventuales.

NOVENO. - Por ello debe concluirse que no ha quedado acreditada suficientemente la imposibilidad de permanencia en la empresa teniendo en cuenta la idoneidad profesional del trabajador afectado y la posibilidad de suministrarle ocupación efectiva adecuada a la misma. Por consiguiente, debe ser estimado el recurso contencioso-administrativo, limitando el reconocimiento de la situación jurídica individualizada que se solicita a la declaración del derecho del actor a no ser incluido en la lista de afectados por el expediente de regulación de empleo a que este proceso se contrae, pues los efectos de la no inclusión -único pronunciamiento que tiene cabida en el objeto de este proceso- no deben ser precisados en este momento, sino determinados, si a ello ha lugar, ante la Jurisdicción que resulte competente según la cuestión planteada.

Procede, en virtud de todo lo expuesto, rechazando la causa de inadmisibilidad articulada por el abogado del Estado y por la representación procesal de la empresa codemandada, en relación con la incompetencia del Orden jurisdiccional Contencioso-administrativo por considerar competente el Orden jurisdiccional Social, estimar sustancialmente el recurso contencioso-administrativo 3394/1994 interpuesto por D. Abelardo , representado y defendido por el Letrado D. Ernesto Martínez de la Hidalga, contra la resolución del ministro de Trabajo y Seguridad Social de 30 de junio de 1994, por la que, entre otros pronunciamientos, desestimó el recurso de alzada interpuesto por D. Abelardo y D. Jesús Manuel contra resolución de la Dirección General de Trabajo de 21 de enero de 1994 recaída en el expediente de regulación de empleo 537/1993 por la que autorizaba a la empresa Tamoin-Talleres y Montajes Industriales, S. A. la extinción de los contratos de trabajo de 73 trabajadores afectados y relacionados en los anexos, ejercientes en los centros de trabajo de Vizcaya (45 trabajadores), 17 en el de Ugarte (Vizcaya), 5 en la oficina central de Bilbao y 6 en el centro de trabajo de Granollers (Barcelona); anular la expresada resolución en cuanto incluye a D. Abelardo entre los trabajadores afectados relacionados en los anexos; y declarar el derecho del recurrente a no ser incluido en dicha relación de afectados por gozar del derecho de permanencia en la empresa en virtud de la prioridad reconocida a los representantes legales de los trabajadores.

DÉCIMO. - La estimación del recurso de casación comporta la aplicación del artículo 102.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956, modificada por la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, aplicable al caso por razones temporales en virtud de lo ordenado en la disposición transitoria novena de la Ley vigente. En consecuencia, no ha lugar a la imposición de las costas causadas en la instancia, dado que esta Sala no aprecia circunstancias que aconsejen su imposición, y, en cuanto a las originadas en este recurso de casación, cada parte satisfará las suyas.

En su virtud, en nombre del Rey y por la potestad emanada del Pueblo que nos confiere la Constitución,

## FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Abelardo contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco el 23 de febrero de 1998, cuyo fallo dice:



«Fallo. Con rechazo de la causa de inadmisibilidad articulada por el abogado del Estado y por la representación procesal de la empresa codemandada, en relación con la incompetencia del Orden jurisdiccional Contencioso-administrativo por considerar competente el Orden jurisdiccional Social, y desestimando el recurso contencioso-administrativo 3394/1994 interpuesto por D. Abelardo , representado y defendido por el Letrado D. Ernesto Martínez de la Hidalga, contra la resolución del ministro de Trabajo y Seguridad Social de 30 de junio de 1994 y por la que, entre otros pronunciamientos, desestimó el recurso de alzada interpuesto por D. Abelardo y D. Jesús Manuel contra resolución de la Dirección General de Trabajo de 21 de enero de 1994 recaída en el expediente de regulación de empleo 537/1993 por la que autorizaba a la empresa Tamoin-Talleres y Montajes Industriales, S. A. la extinción de los contratos de trabajo de 73 trabajadores afectados y relacionados en los anexos, ejercientes en los centros de trabajo de Vizcaya (45 trabajadores), 17 al de Ugarte (Vizcaya), 5 a la oficina central de Bilbao y 6 al centro de trabajo de Granollers (Barcelona), debemos: Primero. Declarar como declaramos la conformidad a Derecho de las resoluciones recurridas, por lo que las confirmamos. Segundo. No hacer expreso pronunciamientos en cuanto a las costas».

Casamos y anulamos la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno.

En su lugar, rechazando la causa de inadmisibilidad articulada por el abogado del Estado y por la representación procesal de la empresa codemandada, en relación con la incompetencia del Orden jurisdiccional Contencioso-administrativo por considerar competente el Orden jurisdiccional Social, estimamos sustancialmente el recurso contencioso-administrativo 3394/1994 interpuesto por D. Abelardo , representado y defendido por el Letrado D. Ernesto Martínez de la Hidalga, contra la resolución del ministro de Trabajo y Seguridad Social de 30 de junio de 1994, por la que, entre otros pronunciamientos, desestimó el recurso de alzada interpuesto por D. Abelardo y D. Jesús Manuel contra resolución de la Dirección General de Trabajo de 21 de enero de 1994 recaída en el expediente de regulación de empleo 537/1993 por la que autorizaba a la empresa Tamoin-Talleres y Montajes Industriales, S. A. la extinción de los contratos de trabajo de 73 trabajadores afectados y relacionados en los anexos, ejercientes en los centros de trabajo de Vizcaya (45 trabajadores), 17 en el de Ugarte (Vizcaya), 5 en la oficina central de Bilbao y 6 en el centro de trabajo de Granollers (Barcelona); anulamos la expresada resolución en cuanto incluye a D. Abelardo entre los trabajadores afectados relacionados en los anexos; y declaramos el derecho del recurrente a no ser incluido en dicha relación de afectados por gozar del derecho de permanencia en la empresa en virtud de la prioridad reconocida a los representantes legales de los trabajadores.

No ha lugar a imponer las costas causadas en la instancia. En cuanto a las de este recurso de casación, cada parte satisfará las suyas.

Hágase saber a las partes que contra esta sentencia no cabe recurso ordinario alguno.

Así por esta nuestra sentencia, , lo pronunciamos, mandamos y firmamos PUBLICACIÓN.-Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo.Sr. Don Juan Antonio Xiol Ríos, estando la Sala celebrando audiencia pública en el día de la fecha de lo que como secretaria certifico.