



Roj: **STS 4271/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:4271**

Id Cendoj: **28079140012014100582**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/07/2014**

Nº de Recurso: **1429/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JOSE MANUEL LOPEZ GARCIA DE LA SERRANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Julio de dos mil catorce.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Letrada Doña Montserrat Jiménez Orantes en nombre y representación de DON Matías contra la sentencia dictada el 5 de febrero de 2013 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en recurso de suplicación nº 6373/2012, interpuesto contra la sentencia de fecha 13 de julio de 2012, dictada por el Juzgado de lo Social nº 33 de **Barcelona**, en autos núm. 229/2012, seguidos a instancias de DON Matías contra **HOSPITAL CLINIC I PROVINCIAL DE BARCELONA** sobre DESPIDO.

Ha comparecido en concepto de recurrido **HOSPITAL CLINIC I PROVINCIAL DE BARCELONA** representado por el Procurador Don Vicente Ruigomez Murieras.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana,

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 13 de julio de 2012 el Juzgado de lo Social nº 33 de **Barcelona** dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos: " **1º**.-El demandante D. Matías, con DNI NUM000, inició su relación laboral con la empresa demandada en fecha 1 de julio de 2005, trabajando el demandante desde ese momento y hasta la actualidad como auxiliar de enfermería, en jornada completa y en turno de mañana y con un salario bruto mensual con prorrata de pagas extraordinarias de 1912,56 euros. **2º**.- Durante todo este periodo el trabajador ha suscrito con la entidad innumerables contratos de interinidad o de sustitución o por obra y servicio, siendo el número total de contratos suscritos superior a los 213 contratos, (documento número 1 del ramo de prueba de la demandada consistentes en su vida laboral y documentos números 2 y 3 del ramo de prueba de la demandada). **3º**.- En fecha 27 de enero de 2012, el trabajador recibió notificación de carácter verbal de la demandante por la que se ponía en su conocimiento que causa baja en la empresa con fecha de efecto de 28 de enero de 2012, por cumplimiento del contrato de trabajo suscrito. Suscribiendo nuevos contrato de trabajo de interinidad desde esa fecha hasta un total de 38 contratos de trabajo, según consta en la vida laboral del demandante documentos número 4 del ramo de prueba del actor y número 1 del ramo de prueba de la demandada. **4º**.- En fecha 11 de abril de 2012 se celebró el preceptivo acto de conciliación previa con el resultado de sin avenencia. **5º**.- El convenio colectivo de aplicación es el publicado en el DOG en fecha 27 de septiembre de 2006, para el **Hospital Clinic de Barcelona**, para los años 2005 a 2006, extremo no controvertido entre las partes."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "QUE DEBO ESTIMAR Y ESTIMO la demanda formulada por D. Matías contra el **HOSPITAL CLINIC I PROVINCIAL DE BARCELONA** y en consecuencia realizando los siguientes pronunciamientos. a) Que debo declarar y declaro que la relación laboral que mantiene el actor con la entidad demandada es de naturaleza indefinida, con antigüedad desde el 1 de julio de 2005, en jornada de 37,5 horas semanales en turno de mañana y con un salario bruto mensual con prorrata de pagas extraordinarias de 1.912,56 euros. b) Que debo DECLARAR Y DECLARO LA IMPROCEDENCIA DEL DESPIDO



realizado a la trabajadora en fecha 27 de enero de 2012, con efectos de 28 de enero de 2012 y como consecuencia DEBO CONDENAR Y CONDENO a la entidad demandada a estar y pasar por esta declaración, previa opción de la trabajadora demandante, entre la READMISION en su puesto y condiciones que mantenía con el abono de los salarios de tramitación a razón de 62,87 euros diarios a percibir desde la fecha del despido operado de 28 de enero de 2012 hasta la fecha de notificación de la presente resolución o, previa opción del trabajador, abonarle la cantidad de 19.096,76 euros en concepto de indemnización. c) Sin expresa imposición de costas."

**SEGUNDO.-** La citada sentencia fue recurrida en suplicación por **HOSPITAL CLINIC I PROVINCIAL DE BARCELONA** ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la cual dictó sentencia en fecha 5 de febrero de 2013, en la que consta el siguiente fallo: "Estimamos parcialmente el recurso de suplicación que formula el **HOSPITAL CLINIC I PROVINCIAL DE BARCELONA**, contra la sentencia del juzgado social 33 de **BARCELONA**, autos 229/2012 de fecha 13 de julio de 2012, seguidos a instancia de Matías, contra el **HOSPITAL CLINIC I PROVINCIAL DE BARCELONA**, en reclamación por despido, por lo que debemos de revocar y revocamos parcialmente la citada resolución, y debemos de reconocer y reconocemos al **HOSPITAL CLINIC I PROVINCIAL DE BARCELONA** el derecho de opción entre la readmisión o el abono de la indemnización correspondiente a la calificación del despido como improcedente, y confirmamos el resto de los pronunciamientos de conformidad con los fundamentos jurídicos de esta sentencia. Devuélvase a la parte recurrente el depósito constituido para recurrir, y al mantenimiento del aseguramiento prestado, a cuyas cantidades se dará el destino legal una vez conste la firmeza de esta resolución."

**TERCERO.-** Por la representación de DON Matías se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el 15 de mayo de 2013. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en fecha 18 de julio de 2007.

**CUARTO.-** Con fecha 29 de octubre de 2013 se admitió por esta Sala a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días.

**QUINTO.-** Evacuado el traslado de impugnación por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso IMPROCEDENTE, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 4 de marzo de 2014, acto que fué suspendido por providencia de dicho día. Se ha señalado para votación y fallo por la Sala en Pleno el día 18 de junio de 2014, acto que fue suspendido señalándose para nueva votación y fallo por la Sala en Pleno el día 16 de julio de 2014, fecha en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** En primer lugar conviene examinar el valor que tiene el documento que se acompañó con el escrito de interposición del recurso. El referido documento consiste en informe de la inspección de trabajo, emitido el 12 de abril de 2013, relativo a que en la base de datos de la Seguridad Social aparecen 39 trabajadores de la demandada a quienes en diferentes fechas se les ha reconocido la condición de indefinidos por acto de conciliación o en sentencia firme de otro órgano judicial que les reconoció el derecho a optar por la readmisión o la rescisión del contrato.

El documento que nos ocupa no debió admitirse, ni unirse a las actuaciones por no ser de los que contempla el artículo 233 de la L.J.S. en relación con el 271 de la L.E.C., porque no se trata de una resolución judicial o administrativa firme y porque no contiene ningún dato decisivo para la resolución del recurso, cual evidencia el que ni la parte recurrente articule argumento alguno con base en él. Por lo demás, señalar que ese documento pudo obtenerse antes de dictarse la sentencia recurrida, así como que el mismo adolece de importantes imprecisiones, al no concretar las fechas de las sentencias firmes y actos de conciliación a que se refiere, ni las circunstancias de los trabajadores afectados para poder concluir que eran idénticas a las del recurrente. Finalmente, el rechazo lo motiva la propia naturaleza de este recurso de unificación de doctrina y el hecho de que este Tribunal no venga vinculado por lo resuelto por órganos judiciales de inferior competencia funcional.

**SEGUNDO.-** La cuestión planteada en el presente recurso de casación para unificación de doctrina, consiste en determinar a quien corresponde, según el Convenio Colectivo del **Hospital Clinic y Provincial de Barcelona**, la opción entre la readmisión o la rescisión indemnizada del contrato en los supuestos de extinción indebida de un contrato temporal que se convierte en indefinido por contratación temporal abusiva o fraudulenta.

La cuestión ha sido resuelta de forma diferente por las sentencias comparadas en el presente recurso, a efectos de acreditar la existencia de contradicción doctrinal que viabiliza el recurso de casación unificadora,



conforme al art. 219 de la L.J .S.. En efecto, aplicando el artículo 72 del Convenio Colectivo de la demandada la sentencia recurrida con base en ese precepto ha resuelto que la opción corresponde a la empresa cuando el despido no es disciplinario o por causas objetivas. La sentencia de contraste, dictada por el mismo TSJ de Cataluña el 18 de julio de 2007 (R.S. 3354/2007 ) ha resuelto lo contrario, al entender que la norma convencional no distingue entre los trabajadores cesados según que hayan adquirido la condición de fijos por pacto contractual o por defectos en su contratación temporal, así como que los trabajadores de la demandada no son personal estatutario, ni se diferencian entre fijos e indefinidos no fijos, a quienes la jurisprudencia aplica la doctrina sobre la titularidad de la opción en los casos por despido que sigue la sentencia recurrida.

La contradicción existe porque esas resoluciones dispares han recaído en supuestos de hecho y de derecho similares, porque en ambos casos se trataba de personal laboral (auxiliar de clínica en un caso y auxiliar administrativo en el otro) que prestó sus servicios a la demandada durante más de dos años en virtud de contratos temporales que se consideraron no ajustados a derecho, lo que conllevó que se considerara improcedente el cese del trabajador por finalizar su contrato temporal y que se controvirtiera en ambos supuestos a quien correspondía ejercitar la opción por la readmisión o la rescisión indemnizada del contrato, cuestión que han resuelto de forma dispar las sentencias comparadas, lo que obliga a resolver la divergencia existente y a sentar doctrina unificada sobre la materia.

**TERCERO.-** La resolución de la cuestión planteada requiere señalar en primer lugar que el Capítulo X del Convenio Colectivo de la demandada para el personal laboral no médico se titula Régimen Disciplinario y que en él, los artículos 70 a 72 tras tipificar y graduar las faltas y establecer las sanciones a imponer, finalmente, el artículo 72 dice: "En caso de sentencia firme en la que expresamente se declare la improcedencia del despido, la opción a la vuelta al trabajo o la indemnización corresponderá siempre al trabajador".

Visto el problema interpretativo suscitado conviene recordar la doctrina de esta Sala dictada en interpretación de parecidas cláusulas convencionales. En tal sentido destacar que en nuestras sentencias de 3 de octubre de 2011 (Rcud. 4649/2010 ) y 11 de julio de 2012 (Rcud. 4157/2011 ) se dice:

*"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 -rco 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 -rco 51/08 -; 15/09/09 -rco 78/08 -; 08/10/09 -rco 13/09 -; 02/12/09 -rco 66/09 -; 17/12/09 -rco 120/08 -; y 21/12/09 -rco 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 habérseles 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."*

La aplicación de la anterior doctrina reiterada en las sentencias de 21-4-10 (R. 1075/09 ), 11-5-10 (R. 1614/09 ), 4-11-10 (R. 88/10 ), 3-10-11 (R. 4649/10 ), 23-4-12 (R. 3533/11 ), 11-7-12 (R. 4157/11 ), 25-9-12 (R. 3298/11 ) y 22-3-13 (R. 841/11 ) al caso de autos obliga a desestimar el recurso, cual ha informado el Ministerio Fiscal, porque una interpretación lógico sistemática del precepto convencional examinado nos obliga a



concluir que lo dispuesto en el artículo 72 sólo es de aplicación a los despidos disciplinarios improcedentes, únicos que merecen ese calificativo porque los demás son, realmente, ceses o extinciones no ajustadas a derecho. La alegación referente a que nuestra doctrina sólo es aplicable al cese del personal al servicio de Administraciones Públicas y regulado por normas estatutarias no es acogible porque, aparte la naturaleza pública de la demandada, depende de la Universidad de **Barcelona** (a través de la Facultad de Medicina), forma parte de la Red de **Hospitales** de Utilización Pública de Cataluña y es financiada con fondos públicos, resulta que la solución dada no se funda en la diferente naturaleza del contrato, ni en el carácter público o privado de la empleadora, ni en la forma en que se haya adquirido la condición de fijo de plantilla, sino, precisamente, en la causa del cese, para concluir que la opción sólo se confiere al trabajador cuando el cese se acuerda por motivos disciplinarios y el despido se califica de improcedente, pero no cuando la decisión extintiva obedece a razones ajenas a la comisión de una falta (como los casos de extinción del contrato por causas objetivas o los de extinción de un contrato temporal), pues la literalidad de los términos del Convenio, primera regla interpretativa, así nos lo indica dejando claro que esa fue la intención de quienes lo convinieron ( art. 1281 del Código Civil ). El derecho a optar lo concede a la empresa el artículo 56 del E.T ., norma general que se aplica salvo acuerdo cuyo alcance se regula por lo expresamente convenido, sin que quepan interpretaciones extensivas de lo acordado que nos lleven a asimilar cualquier extinción contractual al despido disciplinario, porque, aunque es cierto que cualquier extinción contractual se equipara al despido en cuanto a sus efectos, no lo es menos que el "despido disciplinario" tiene unas connotaciones que claramente lo diferencian de otras extinciones contractuales indebidas.

Por lo expuesto, procede estimar que es más correcta la doctrina contenida en la sentencia recurrida y, consiguientemente, desestimar el recurso y confirmar el Fallo impugnado. Sin costas.

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

## FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por la Letrada Doña Montserrat Jiménez Orantes en nombre y representación de DON Matías contra la sentencia dictada el 5 de febrero de 2013 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en recurso de suplicación nº 6373/2012 , interpuesto contra la sentencia de fecha 13 de julio de 2012, dictada por el Juzgado de lo Social nº 33 de **Barcelona**, en autos núm. 229/2012, seguidos a instancias de DON Matías contra **HOSPITAL CLINIC I PROVINCIAL DE BARCELONA**. Confirmamos la sentencia recurrida. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Organo Jurisdiccional de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

D. Jesus Gullon Rodriguez D. Fernando Salinas Molina D. Gonzalo Moliner Tamborero D<sup>a</sup>. Maria Milagros Calvo Ibarlucea D. Luis Fernando de Castro Fernandez D. Jose Luis Gilolmo Lopez D. Jordi Agusti Julia D<sup>a</sup>. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana D<sup>a</sup>. Rosa Maria Viroles Piñol D<sup>a</sup>. Maria Lourdes Arastey Sahun D. Manuel Ramon Alarcon Caracuel D. Miguel Angel Luelmo Millan D. Antonio Sempere Navarro D. Jesus Souto Prieto

## Voto Particular

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. Jordi Agusti Julia, AL QUE SE ADHIEREN LOS/AS MAGISTRADOS/AS EXCMOS/AS. SRES/AS. D. Fernando Salinas Molina, D. Luis Fernando de Castro Fernandez, D<sup>a</sup>. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga, D<sup>a</sup>. Rosa Maria Viroles Piñol, D<sup>a</sup>. Maria Lourdes Arastey Sahun Y D. Manuel Ramon Alarcon Caracuel, **RESPECTO DE LA SENTENCIA DE FECHA 18-07-2014 (RCUD.-1429/2013) DICTADA EN SALA GENERAL.**

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , formulo voto particular a la sentencia dictada en Sala General en el recurso casación unificadora número 1429/2013 para sostener la posición que mantuve en la deliberación.

El voto particular se funda en los siguientes razonamientos y consideraciones jurídicas :

**PRIMERA.-1.** No existe discrepancia en cuanto a los hechos, siendo relevantes a efectos de la cuestión controvertida, los siguientes : " **a)** .-El demandante D. Matías , con DNI NUM000 , inició su relación laboral con la empresa demandada en fecha 1 de julio de 2005, trabajando el demandante desde ese momento y hasta





la actualidad como auxiliar de enfermería, en jornada completa y en turno de mañana y con un salario bruto mensual con prorrata de pagas extraordinarias de 1912,56 euros. **b).**- Durante todo este periodo el trabajador ha suscrito con la entidad innumerables contratos de interinidad o de sustitución o por obra y servicio, siendo el número total de contratos suscritos superior a los 213 contratos, (documento numero 1 del ramo de prueba de la demandada consistentes en su vida laboral y documentos números 2 y 3 del ramo de prueba de la demandada). **c).**- En fecha 27 de enero de 2012, el trabajador recibió notificación de carácter verbal de la demandante por la que se ponía en su conocimiento que causa baja en la empresa con fecha de efecto de 28 de enero de 2012, por cumplimiento del contrato de trabajo suscrito. Suscribiendo nuevo contrato de trabajo de interinidad desde esa fecha hasta un total de 38 contratos de trabajo, según consta en la vida laboral del demandante documentos número 4 del ramo de prueba del actor y número 1 del ramo de prueba de la demandada. **d).**- En fecha 11 de abril de 2012 se celebró el preceptivo acto de conciliación previa con el resultado de sin avenencia; **e).**- El convenio colectivo de aplicación es el publicado en el DOG en fecha 27 de septiembre de 2006, para el **Hospital Clinic de Barcelona**, para los años 2005 a 2006, extremo no controvertido entre las partes."; y, f) formulada demanda por despido correspondió al Juzgado de lo Social nº 33 de los de **Barcelona**, que en fecha 13 de julio de 2012 dictó sentencia declarando la improcedencia del despido y condenando a la entidad demandada a estar y pasar por esta declaración, previa opción al trabajador demandante, entre la readmisión en su puesto y condiciones que mantenía con el abono de los salarios de tramitación o previa opción del trabajador, a abonarle la indemnización.

2. En el fundamento de derecho séptimo de la sentencia de instancia, pero con valor de hecho probado, tras especificar que, *"El artículo 72 establece un derecho de opción en caso de despido que establece "En el caso de sentencia firme en la que expresamente se declare la improcedencia de despido, la opción a la vuelta al trabajo o a la indemnización corresponderá siempre al trabajador"*, se dice que, *"Debe recordarse que el convenio está vigente desde el año 2006 y que los actos de la empresa desde esa fecha siempre han sido de respeto al derecho de opción a los trabajadores y solo muy recientemente se ha producido un cambio en el criterio de la demandada, no avalado por la comisión paritaria, derivado de una STS de fecha 3 de octubre de 2011 en un caso de AENA, organismo que nada tiene que ver con el Hospital Clinic de Barcelona. Debe recordarse a la demandada que el artículo 1256 de CC ya prohíbe la modificación unilateral de criterio en sede contractual y el convenio colectivo tiene esa naturaleza paccionada con el rango y vinculación que le da el artículo 37 de la CE, máxime cuando no se dan argumentos objetivos por la entidad demandada para entender la cláusula establecida en el artículo 72 de una manera distinta a como la venía entendiendo hasta fechas recientes y prueba de todo ello es el amplio bloque documental aportado por la actora bloque documental número 23 y 24, consistentes en conciliaciones preprocesales y resoluciones judiciales que acreditan que la demandada siempre ha respetado el derecho de opción del trabajador en los términos en lo que está redactado en el artículo 72."*

3. Recurrída la señalada sentencia de instancia en suplicación, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en fecha 5 de febrero de 2013 (recurso suplicación 6373/2012 -), dictó sentencia estimando en parte el recurso de suplicación formulado por la empresa demandada, revocando parcialmente la dictada en la instancia -la cual, como se ha dicho, había declarado la improcedencia del despido del trabajador demandante, otorgándole el derecho de opción- cambiando el fallo, en el sentido de otorgar a la empresa la facultad de optar por la readmisión o por la indemnización. Contra dicha sentencia, recurre en casación unificadora el demandante, invocando como sentencia de contraste la dictada por la propia Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en fecha 18 de julio de 2007 (recurso 3354/2007). En el caso resuelto por esta sentencia la demandante prestaba servicios también en la empresa ahora demandada, mediante contrato de duración determinada, y siendo declarada la improcedencia del despido, otorgó el derecho de opción entre la readmisión y la indemnización a la trabajadora demandante en aplicación del mismo artículo 72 del Convenio de empresa, puesto en cuestión, haciendo referencia al criterio sentado en sentencias anteriores de la misma Sala de 16 de julio de 2004, 5 de marzo de 2002, y 9 de junio de 1998, sobre la interpretación de la norma, la redacción de cual se ha mantenido -afirma- en los sucesivos y diferentes y sucesivos convenios colectivos.

4. A tenor de estos indiscutidos hechos, y manifestando la conformidad con el criterio mayoritario de la Sala, en el sentido de estimar acreditado el requisito de la contradicción y, por ende, de viabilidad del recurso, la cuestión controvertida es estrictamente jurídica, se trata de determinar, en supuesto de despido declarado improcedente, y a la vista del contenido del transcrito artículo 72 del Convenio Colectivo del **"Hospital Clinic"**, si el derecho a optar entre indemnización y readmisión corresponde a la empresa demandada o bien corresponde a la trabajadora despedida.

5. Según la sentencia votada mayoritariamente en el Pleno de la Sala, dicha opción solamente corresponde al trabajador cuando haya sido objeto de un despido disciplinario declarado improcedente pero no en los demás casos de despido improcedente.



**SEGUNDA.-1** . Con el debido respeto, discrepo profundamente de la posición mantenida por la mayoría de la Sala, ya que en mi opinión, la opción debe corresponderle al trabajador en todos los casos de despido improcedente, no siendo el criterio mayoritario acorde con una interpretación integradora del artículo 72 del Convenio Colectivo de la demandada "Hospital Clínic", así como con la doctrina de esta Sala contenida en las sentencias que serán objeto de cita y exposición particularizada, ni siquiera es acorde, a tenor de la resultancia fáctica del caso, con la propia doctrina que se invoca por la mayoría para sostener su posición, como más adelante se advertirá.

2. En el segundo -y único en cuanto a argumentación jurídica sobre la cuestión jurídica controvertida- de los fundamentos jurídicos de la sentencia mayoritaria, se contienen las dos argumentaciones en que se sostiene la descrita posición mayoritaria. La primera de dichas argumentaciones resultan de la doctrina de esta Sala contenida en las sentencias de 3 de octubre de 2011 (rcud. 4649/2010 ) y 11 de julio de 2012 (rcud. 4157/2011 ), y la segunda, se asienta sobre la base de una interpretación lógico sistemática del repetido artículo 72 del Convenio Colectivo del **Hospital Clínic** , puesta en relación con la doctrina de dichas sentencias .

**TERCERA.-1**. En relación con estas argumentaciones, mi discrepancia se fundamenta en las siguientes consideraciones :

**A)** La primera argumentación se fundamenta en el siguiente razonamiento de las mencionadas sentencias de la Sala : *"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 -rco 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 -rco 51/08 -; 15/09/09 -rco 78/08 -; 08/10/09 -rco 13/09 -; 02/12/09 -rco 66/09 -; 17/12/09 -rco 120/08 -; y 21/12/09 -rco 11/09 -) "*.

Pues bien la aplicación al presente caso de esta conocida y reiteradísima doctrina jurisprudencial sobre la prevalencia de la interpretación dada por el Tribunal de instancia a las cláusulas convencionales, con la que desde luego muestro mi total conformidad, debe conllevar precisa y forzosamente a un resultado contrario al que mantiene la posición mayoritaria. En efecto, si como se ha expuesto, en el trascrito fundamento jurídico V de la sentencia de instancia, pero con valor de hecho probado, se afirma, *Que la opción es del trabajador en todos los casos de despido o solo en los despidos disciplinarios no ha sido objeto de controversia ni negociación entre las partes que firmaron el convenio colectivo,..... y ha sido una cuestión pacíficamente aplicada en los casos de despido declarado improcedente, que la opción al regreso al trabajo o la indemnización corresponde siempre al trabajador, según se desprende también de la documental presentada por la parte actora consistente en varias sentencias dictadas en supuestos de despido no disciplinario a la empresa demandada de las que se deduce que la empresa no cuestionó que la opción era del trabajador, hasta fechas muy recientes de este año 2012"*, -y ello no se ha cuestionado en suplicación- debe llegarse, forzosamente, a la conclusión debemos llegar a la conclusión, con la Juzgadora de instancia que, el derecho de opción lo tiene la demandante, conforme los criterios de aplicación de orden lógico, gramatical, histórico y literal, así como de intención y finalidad de los contratantes, como razonadamente expone en el fundamento jurídico V de su sentencia, al analizar la prueba practicada.

No puedo comprender -dicho sea con el debido respeto-, por implicar un contrasentido, que la mayoría de la Sala afirme aplicar la doctrina jurisprudencial que en cuanto a la interpretación de las cláusulas de un Convenio Colectivo, *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* , para en su aplicación al caso concreto, sostener exactamente lo contrario;

**B)** En la segunda de las argumentaciones jurídicas de la sentencia mayoritaria, se empieza por transcribir otro de los pasajes de la doctrina de las ya mencionadas sentencias de esta Sala de 3 de octubre de 2011 (rcud. 4649/2010 ) y 11 de julio de 2012 (rcud. 4157/2011 ) -sentencias que interpretaron el artículo 102 del Convenio Colectivo de la ENTIDAD PUBLICA EMPRESARIAL DE AEROPUERTOS ESPAÑOLES Y NAVEGACION AEREA (AENA)- concretamente, el siguiente : *"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."*

Tras hacer dicha transcripción doctrinal y subrayar que ha sido reiterada en distintas sentencias de la Sala que cita -21-4-10 (R. 1075/09 ), 11-5-10 (R. 1614/09 ), 4- 11-10 (R. 88/10 ), 3-10-11 (R. 4649/10 ), 23-4-12 (R. 3533/11 ), 11-7-12 (R. 4157/11 ), 25-9-12 (R. 3298/11 ) y 22-3-13 (R.841/11 ) -dictadas por cierto todas ellas e interpretación de Convenios Colectivos de Administraciones o empresas del Sector Público-, se razona por la mayoría de la Sala que su aplicación al caso obliga a desestimar el recurso, sobre la base de las siguientes afirmaciones : a) porque una interpretación lógico sistemática del precepto convencional examinado nos obliga a concluir que lo dispuesto en el artículo 72 sólo es de aplicación a los despidos disciplinarios improcedentes, únicos que merecen ese calificativo porque los demás son, realmente, ceses o extinciones no ajustadas a derecho; y, b) porque la alegación referente a que nuestra doctrina sólo es aplicable al cese del personal al servicio de Administraciones Públicas y regulado por normas estatutarias no es acogible porque, aparte la naturaleza pública de la demandada, depende de la Universidad de **Barcelona** (a través de la Facultad de Medicina), forma parte de la Red de **Hospitales** de Utilización Pública de Cataluña y es financiada con fondos públicos; y, c) resulta que la solución dada no se funda en la diferente naturaleza del contrato, ni en el carácter público o privado de la empleadora, ni en la forma en que se haya adquirido la condición de fijo de plantilla, sino, precisamente, en la causa del cese, para concluir que la opción sólo se confiere al trabajador cuando el cese se acuerda por motivos disciplinarios y el despido se califica de improcedente, pero no cuando la decisión extintiva obedece a razones ajenas a la comisión de una falta (como los casos de extinción del contrato por causas objetivas o los de extinción de un contrato temporal), pues la literalidad de los términos del Convenio, primera regla interpretativa, así nos lo indica dejando claro que esa fue la intención de quienes lo convinieron ( art. 1281 del Código Civil ). El derecho a optar lo concede a la empresa el artículo 56 del E.T ., norma general que se aplica salvo acuerdo cuyo alcance se regula por lo expresamente convenido, sin que quepan interpretaciones extensivas de lo acordado que nos lleven a asimilar cualquier extinción contractual al despido disciplinario, porque, aunque es cierto que cualquier extinción contractual se equipara al despido en cuanto a sus efectos, no lo es menos que el "despido disciplinario" tiene unas connotaciones que claramente lo diferencian de otras extinciones contractuales indebidas.

Nuevamente, debo mostrar mi total discrepancia con dichas afirmaciones. En efecto, como ya señalado, la doctrina trascrita se ha formulado por la Sala en interpretación del Convenio Colectivo de la ENTIDAD PUBLICA EMPRESARIAL DE AEROPUERTOS ESPAÑOLES Y NAVEGACION AEREA (AENA), y es conocida nuestra doctrina jurisprudencial, ciertamente restrictiva, a la hora de admitir como precedente sentencias que interpretan o aplican convenios colectivos diferentes aunque sus cláusulas sean similares. Pero es que en este caso, precisamente, la restricción está más que justificada por estas dos razones. En primer lugar, porque en el Convenio Colectivo de AENA sí que existe un apartado especial para las extinciones de contratos por causas no imputables al trabajador distintas del despido disciplinario improcedente. Se trata de la Disposición Adicional Quinta , que dice así: "Aena garantiza a su personal que, en caso de extinción del contrato de trabajo por causas no imputables al trabajador, éste podrá optar entre la indemnización a que se refiere el Artículo 102 de este Convenio Colectivo o un puesto de trabajo en otro Centro de trabajo de la empresa a designar por Aena, manteniéndole las retribuciones hasta la incorporación al Centro correspondiente, si optara por el traslado./ En caso de no poder ofrecer la empresa un puesto de trabajo de su misma ocupación, se compromete a realizar el reciclaje a otro puesto de trabajo". Mientras que el artículo 102 del Convenio de AENA dice así: "Despido improcedente o nulo. En los casos de resolución del contrato de trabajo de un trabajador de Aena, por causa de despido, si la jurisdicción social declarase la improcedencia o nulidad de la medida extintiva, la opción entre la readmisión en el mismo puesto de trabajo y la indemnización alternativa corresponderá siempre al trabajador, que deberá ejercitarla dentro de un plazo máximo de cinco días hábiles, contados desde la fecha de la notificación de la resolución judicial. De no ejercitarse la opción en el plazo indicado, se entenderá que el trabajador opta por la readmisión./ En el supuesto de que el trabajador optase por la indemnización, tendrá derecho a una equivalente a 45 días de salario, por cada año de antigüedad reconocida, prorrateándose por



meses los períodos inferiores a un año y hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades". Por lo tanto, es evidente que, en ese caso -y a diferencia del nuestro- el artículo 102 del Convenio Colectivo de AENA no puede referirse más que al despido disciplinario.

Y, en segundo lugar, es preciso destacar, que la sentencia de AENA tiene en cuenta el carácter público de dicha entidad, al afirmar que el artículo 102 del Convenio de AENA "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". Pues bien, debemos subrayar que el artículo 96 del EBEP dice expresamente que la opción que establece se limita a los casos de despido disciplinario: "Procederá la readmisión del personal laboral fijo cuando sea declarado improcedente el despido acordado como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta grave". Por tanto, la referencia que hace la sentencia del caso AENA al art. 96 del EBEP es inaplicable a nuestro caso, habida cuenta del distinto tenor de dicho artículo y del artículo 72 del Convenio del Clínic .

Para justificar la aplicación de la trascrita doctrina al Convenio Colectivo del "**Hospital** Clínic", la posición mayoritaria le atribuye en la sentencia "naturaleza pública", afirmando que forma parte de la Red de **Hospitales** de Utilización Pública de Cataluña. Lo cierto es, sin embargo, que se omite que la cuestión de la naturaleza pública o privada del **Hospital** demandado, ha sido resuelta ya por esta Sala -como aduje en la deliberación- en sentencia de 23 de mayo de 1985, señalando que, a diferencia de lo que sucede con otros centros sanitarios con idéntica finalidad benéfico-sanitaria, el **Hospital** demandado que depende de un Patronato, no tiene la calificación de "público" que le atribuye la mayoría de la Sala, no formando parte de la citada Red de **Hospitales** (XHUPC) que tiene su propio convenio colectivo, como es bien conocido por todos los integrantes de esta Sala.

La mayoría de la Sala, seguramente consciente de lo endeble -dicho sea con el debido respeto- del argumento de la equiparación de preceptos de convenios - diferentes, y de contenido y finalidad, igualmente distintos, como se acaba de razonar-, expone también el argumento de la ubicación del controvertido artículo 72 del Convenio Colectivo del **Hospital** demandado en el Capítulo que hace referencia al "Régimen disciplinario", para llegar a la conclusión de que por ello ha de entenderse que el precepto ha de referirse solamente al despido disciplinario. Se trata de un argumento de orden sistemático que, a mi juicio, no resulta decisivo porque se ve contrarrestado por otros argumentos que también son de orden sistemático. De entrada, no hay en todo el Convenio Colectivo en cuestión ningún capítulo o apartado donde se prevea algo en relación con los contratos temporales fraudulentos (que es el supuesto de autos) y por ello no resulta extraño que se ubique donde está. No solamente no resulta extraño sino que es muy acorde -y esto es también interpretación sistemática- a lo que sucede en nuestro ordenamiento jurídico en relación con el despido. En efecto, en la economía del ET -y también de la LRJS- la regulación del despido disciplinario tiene una poderosa *vis atractiva* sobre otras causas de extinción por voluntad unilateral del empresario, que es en lo que consiste cualquier despido, independientemente de los motivos justificadores que se aleguen y que, básicamente, son tres: que el trabajador ha cometido una infracción muy grave, que existen determinadas circunstancias objetivas o que el contrato temporal ha llegado a su término y el empresario no desea prorrogarlo. Y la declaración de improcedencia del despido tiene siempre el mismo fundamento: la inexistencia de dichos motivos o causas de justificación: que el trabajador no ha cometido la infracción que se le imputa (o que no alcanza la gravedad suficiente), que no existen las esgrimidas causas objetivas (económicas, técnicas, organizativas o productivas) o, finalmente, que el contrato temporal es fraudulento, que, en realidad, es indefinido y que, por ende, la causa alegada por el empresario para despedir (finalización del contrato) es inexistente. Para el primer supuesto -despido disciplinario- el legislador establece directamente la consecuencia: el despido debe ser declarado improcedente ( art. 55. 4 ET ). Lo mismo dice, para el segundo supuesto, el art. 53.4,c) del ET ; y cuando la decisión extintiva referida a un trabajador concreto tiene su base en un despido colectivo, el art. 51.6 ET remite al art. 124 de la LRJS cuyo apartado 13, a su vez, reenvía de nuevo al art. 53 ET , vía art. 122.1 de la LRJS . Pero para el tercer supuesto -despido por inexistencia de causa pues la que se alega, finalización del contrato, decae al declararse el carácter indefinido de la relación- el legislador estatutario no ha previsto nada y ha sido la jurisprudencia la que, desde tiempo inmemorial, ha estimado que dicho despido es nulo o, más recientemente, improcedente.

Pues bien, lo importante es que la regulación de las consecuencias de la declaración de improcedencia existe únicamente para el despido disciplinario: art. 56 ET . Para los despidos objetivos, el art. 53.5 dice que la declaración judicial de improcedencia "producirá iguales efectos que los indicados para el despido disciplinario", con alguna precisión adicional. Y para el tercer supuesto, que es el que nos ocupa, obviamente no hay previsión alguna y es la jurisprudencia la que, con toda lógica, ha venido aplicando la regulación del despido disciplinario. Y es evidente que la remisión hecha al despido disciplinario (vía legal o jurisprudencial) de los despidos basados en otras causas, incluye la remisión a esas normas reguladoras de las consecuencias del despido improcedente. En dicha regulación consta que, en principio, salvo el caso de los representantes de los trabajadores, la opción entre readmisión e indemnización corresponde al empresario: art. 56.1 y 4 ET . Pero





es una cuestión pacífica que dicha facultad de opción puede atribuirse al trabajador por convenio colectivo, dado que se trata de una norma que no es de derecho imperativo absoluto. Llegados a este punto, es del todo lógico que en la negociación colectiva no se prevea expresamente que esa facultad de opción que se atribuye al trabajador incluya también supuestos como el del caso de autos, dado el silencio del legislador sobre la regla general (la opción a favor del empresario) y la construcción jurisprudencial citada. Exigir a los autores de los convenios colectivos una previsión superior a la del propio legislador no parece muy razonable. En definitiva, la interpretación sistemática del conjunto del ordenamiento laboral y de la jurisprudencia aplicativa conduce al resultado mantenido en la deliberación y en el que me ratifico : cuando se habla de despido se está hablando de cualquier tipo de despido; y en su consecuencia, a que la interpretación correcta del artículo 72 del Convenio Colectivo del "Hospital Clinic " demandado, es la de que la opción debe corresponderle al trabajador en todos los casos de despido improcedente.

**CUARTA.-1.** Todas las consideraciones precedentes, me llevan a afirmar que la doctrina ajustada a Derecho no es la mantenida por la sentencia recurrida, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en fecha 5 de febrero de 2013 (recurso suplicación 6373/2012 ), sino la sostenida por la sentencia de contraste dictada por la misma Sala en fecha en fecha 18 de julio de 2007 (recurso 3354/2007 ), por lo que, previa estimación del recurso, la sentencia recurrida debería ser casada y anulada, y resolviendo el debate en suplicación, desestimar el recurso de tal condición, confirmando la sentencia de instancia.

Madrid a 18 de julio de 2014

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana así como el voto particular formulado por el Magistrado Excmo. Sr. D. Jordi Agusti Julia , al que se adhieren los/as Magistrados/as Excmos/as. Sres/as D. Fernando Salinas Molina, D. Luis Fernando de Castro Fernandez, D<sup>a</sup>. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga, D<sup>a</sup> Rosa Maria Viroles Piñol, D<sup>a</sup>. Maria Lourdes Arastey Sahun y D. Manuel Ramon Alarcon Caracuel, hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.