



Roj: **STS 4279/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:4279**

Id Cendoj: **28079140012014100590**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/07/2014**

Nº de Recurso: **1134/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JESUS SOUTO PRIETO**

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 el Letrado D. Marc Antràs Puchal, en nombre y representación de **HOSPITAL CLINIC I PROVINCIAL DE BARCELONA**, contra la sentencia dictada el 4 de febrero de 2013 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el recurso de suplicación núm. 6711/12, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 33 de **Barcelona**, de fecha 13 de junio de 2012, recaída en autos núm. 342/12, seguidos a instancia de D<sup>a</sup> Lidia contra **HOSPITAL CLINIC I PROVINCIAL DE BARCELONA**, sobre DESPIDO.

Ha comparecido en concepto de recurrido la Letrada D<sup>a</sup> Mireia Montesinos i Sanchis, actuando en nombre y representación de D<sup>a</sup> Lidia.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jesus Souto Prieto,

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 13 de junio de 2012 el Juzgado de lo Social nº 33 de **Barcelona** dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos: " **1º**.- La demandante D<sup>a</sup> Lidia, con DNI NUM000 inició su relación laboral con la empresa demandada en fecha 19 de diciembre de 2007, trabajando la demandante desde ese momento y hasta la actualidad como auxiliar de clínica, en jornada completa y en turno de tarde y con un salario bruto diario de 80,03 euros diarios con prorrata de pagas extraordinarias. (Siendo únicamente controvertido entre las partes el sueldo de la demandante que se extrae del documento aportado por la demandada en la que se liquida el salario del día 9 de marzo de 2012). **2º**.- Durante todo este periodo el trabajador ha suscrito con la entidad demandada 38 contratos de interinidad o de sustitución o por obra y servicio, (extremo no controvertido entre las partes). **3º**.- Desde el día 9 de marzo de 2012 y como consecuencia de la presentación de demanda de reclamación de Cantidad y reconocimiento de derecho en fecha 14 de julio de 2011, el trabajador demandante no ha vuelto a trabajar para la empresa demandada. **4º**.- En fecha 11 de mayo 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 DOC 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<sup>a</sup> Lidia contra el **HOSPITAL CLINIC I PROVINCIAL DE BARCELONA** y en consecuencia debo DECLARAR Y DECLARO LA IMPROCEDENCIA DEL DESPIDO realizado a la trabajadora en fecha 9 de marzo 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 READMISIÓN en su puesto y condiciones que mantenía con el abono de los salarios de tramitación a razón de 80,03 euros diarios a percibir desde la fecha del despido operado de 9 de marzo de 2012 hasta la fecha de notificación de la presente resolución o,



previa opción de la trabajadora, abonarle la cantidad de 15.205,70 euros en concepto de indemnización. Sin expresa imposición de costas".

**SEGUNDO.-** La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el **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 4 de febrero de 2013, en la que consta el siguiente fallo: "Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el **HOSPITAL CLINIC I PROVINCIAL DE BARCELONA** contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 33 de los de **Barcelona** el día 13 de junio de 2012, en los autos 342/2012, iniciados por demanda instada por Lidia contra **HOSPITAL CLINIC I PROVINCIAL DE BARCELONA**, por despido, y en consecuencia, confirmamos íntegramente la sentencia dictada. Se declara la pérdida del depósito y de la consignación, cantidades a las que se dará el destino legal, y la imposición de las costas a la empresa recurrente, que ciframos en 400 euros, para honorarios de letrado de la impugnación del recurso de suplicación".

**TERCERO.-** Por la representación de **HOSPITAL CLINIC I PROVINCIAL DE BARCELONA** se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el 27 de marzo 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 19 de noviembre de 2012.

**CUARTO.-** Con fecha 14 de noviembre 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 PROCEDENTE, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 1 de abril de 2014. Dada la trascendencia y complejidad del asunto, se suspendió el trámite anterior y se acordó que para la deliberación, votación y fallo del mismo se hiciera por la Sala en Pleno, señalándose el día 18 de junio de 2014, suspendido por necesidades del servicio y vuelto a señalar para el Pleno del 16 de julio de 2014. En dicho acto, el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Manuel Ramon Alarcon Caracuel, señaló que no compartía la decisión mayoritaria de la Sala y que formularía voto particular, por lo que se encomendó la redacción de la ponencia al Excmo. Sr. D. Jesus Souto Prieto.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** En el presente litigio se cuestiona la interpretación del derecho de opción previsto en el art. 72 del Convenio Colectivo del **Hospital** Clínico de **Barcelona** (HCB) a favor del trabajador, para el caso de despido improcedente, cuando dicho despido no obedece a causas disciplinarias.

La trabajadora ha prestado servicios para el **Hospital** demandado en virtud de sucesivos contratos temporales hasta que le fue comunicada la extinción de la relación por cumplimiento del objeto del contrato con efectos del día 29/1/2012. La sentencia de instancia declaró la improcedencia del despido por considerar la contratación temporal fraudulenta y la relación laboral indefinida, pero otorgó la opción entre la readmisión y la indemnización a la empresa de acuerdo con la regla general del art. 56.1 ET. El trabajador recurrió en suplicación alegando que era suya la opción en virtud de lo dispuesto en el art. 72 del convenio colectivo del **Hospital** Clínico y Provincial de **Barcelona** (2005-2006), que 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". La sentencia de suplicación ahora impugnada estima el recurso del trabajador porque el precepto no distingue en función de cuál haya sido la causa del despido, y si bien es verdad que el referido precepto está ubicado en el capítulo relativo a la responsabilidad disciplinaria, también lo es que el convenio no prevé cuáles puedan ser las consecuencias del despido improcedente por causa no disciplinaria, existiendo además doctrina reiterada de la Sala que interpreta la referida cláusula convencional en sentido amplio, permaneciendo ésta invariable en su relación durante todo el tiempo.

Recorre frente a dicha resolución el **hospital** demandado en casación para la unificación de doctrina insistiendo en su derecho de opción en aplicación de la doctrina de esta Sala establecida en la STS 3/10/2011 (R. 4649/2010), y seguida de otras posteriores que cita, en relación con una cláusula parecida del convenio de AENA, y aportando de contraste la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 19 de noviembre de 2012 (R. 5274/2012), que aplica dicha doctrina a un caso similar al de autos, pues también en el supuesto de referencia el trabajador había prestado servicios para la misma demandada mediante sucesivos contratos temporales, siendo extinguida la relación laboral el día 13/3/2012. También en este caso la sentencia de instancia declaró el despido improcedente con opción a favor de la empresa, y la sentencia de referencia confirma dicha resolución teniendo en cuenta la interpretación que realiza el TS del convenio de AENA y de otros similares, y utilizando sus propios argumentos, que valoran el significado de la localización concreta del precepto convencional dentro del régimen disciplinario, añadiendo que de haber querido las partes



negociadoras extender la opción del trabajador a otros supuestos lo habrían establecido de modo expreso, permaneciendo por ello invariable su regulación en el tiempo, rechazando igualmente que fuera necesario acudir a la Comisión Paritaria del convenio para pedir su interpretación al respecto habida cuenta de que el Tribunal Supremo ya se ha pronunciado en otros supuestos iguales.

Resulta evidente la contradicción porque los supuestos son iguales, la cuestión suscitada es la misma, y el precepto de aplicación también, siendo interpretado de manera diferente por las sentencias comparadas, pues la de contraste tiene en cuenta para resolver el litigio la doctrina de la Sala sentada en la interpretación del convenio de AENA en las sentencias que cita, y la recurrida no, alcanzando dichas sentencias soluciones distintas.

**SEGUNDO.-** La empresa recurrente denuncia la infracción del art. 72 del Convenio Colectivo de la empresa (HCB), en relación con doctrina establecida en su interpretación por la sentencia de esta Sala del TS. de 3 de octubre de 2011 (rcud. 4649/10 ) respecto de un artículo del Convenio de AENA, de idéntica redacción y contexto.

El motivo debe prosperar porque la cuestión ha sido ya objeto de unificación por esta Sala en supuestos de igual redacción del convenio colectivo en esta materia. Así en la STS de 3 de octubre de 2011 (rcud. 4649/10 ), referente al Convenio Colectivo de AENA y en la de 25 de septiembre de 2012 (rcud. 3298/11), relativa al Convenio Colectivo del personal del Ayuntamiento de Camas. El art. 72 del CC ., ubicado en el capítulo 10 bajo la rúbrica: "Régimen Disciplinario", establece: *"En caso de sentencia firme en la que expresamente se declare al improcedencia de despido, la opción a la vuelta al trabajo o la indemnización corresponderá siempre al trabajador"*.

Como resume la primera de las citadas sentencias: *" 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 al caso de autos, reiterada en otras sentencias de esta Sala como las de 21/4/10 (rcud. 1075/09 ), 11/5/10 (rcud. 1614/09 ), 4/11/10 (rcud. 88/10 ), 23/4/12 (rcud. 3533/11 ), 11/7/12 (rcud. 4157/11 ) y 22/3/13 (rcud. 841/11 ), obliga a desestimar el recurso porque una interpretación lógico-sistemática del precepto convencional al que nos referimos determina que lo allí dispuesto solamente es de aplicación a los despidos disciplinarios improcedentes, que son los únicos a los que en puridad puede aplicarse el referido calificativo, por mas que cualquier otro cese o extinción del contrato que no encuentre una justificación jurídica adecuada deba ser combatida también por el cauce procedimental establecido para el despido disciplinario. No puede acogerse la objeción relativa a que esta doctrina de la Sala sea



aplicable únicamente al cese del personal al servicio de las Administraciones Públicas y regulado por normas estatutarias, y ello porque, a parte de que la entidad demandada se encardina en el sector público en cuanto depende de la Universidad de **Barcelona** (a través de la Facultad de Medicina) y forma parte de la Red de **Hospitales** de Utilización Pública de Cataluña siendo financiada con fondos públicos, la interpretación que en nuestra doctrina se preconiza no se funda en el carácter público o privado de la empleadora, ni en la diferente modalidad del contrato que vincula al trabajador, ni tampoco en la forma en que se haya podido adquirir la condición de fijo de plantilla, sino, precisamente en cual haya sido la causa del cese, lo que nos lleva a concluir que la acción solo se confiere al trabajador cuando el cese obedece a causas disciplinarias y el despido se califica de improcedente, pero no cuando la decisión extintiva obedece a razones ajenas a la comisión de una falta muy grave, pues la propia literalidad del precepto pactado -primera regla interpretativa-, en relación con su ubicación, indica que esa fue la intención de quienes lo convinieron ( art. 1281 del Código Civil ), y el adverbio "siempre" no se refiere por tanto a cualquier clase de despido que haya sido declarado improcedente, sino a los despidos improcedentes que se produzcan dentro del ámbito disciplinario donde se ubica el precepto convencional.

**TERCERO.-** De acuerdo con lo razonado anteriormente, y conforme a lo informado por el Ministerio fiscal, procede estimar el recurso del **Hospital** demandado, sin hacer especial imposición de costas.

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

## FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Marc Antràs Puchal, en nombre y representación de **HOSPITAL CLINIC I PROVINCIAL DE BARCELONA**, contra la sentencia dictada el 4 de febrero de 2013 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el recurso de suplicación núm. 6711/12, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 33 de **Barcelona**, de fecha 13 de junio de 2012, recaída en autos núm. 342/12, seguidos a instancia de D<sup>a</sup> Lidia contra **HOSPITAL CLINIC I PROVINCIAL DE BARCELONA**, sobre DESPIDO.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Órgano Jurisdiccional correspondiente, 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.

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

## Voto Particular

**VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. Manuel Ramon Alarcon Caracuel, Y AL QUE SE ADHIEREN LOS/AS EXCMOS/AS. SRES/AS. MAGISTRADOS/AS D. Fernando Salinas Molina, D. Luis Fernando de Castro Fernandez, D. Jordi Agusti Julia, D<sup>a</sup> Maria Luisa Segoviano Astaburuaga, D<sup>a</sup> Rosa Maria Viroles Piñol Y D<sup>a</sup> Maria Lourdes Arastey Sahun, A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA N<sup>o</sup> 8/1134/2013.**

De conformidad con lo establecido en el artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso 8/1134/13 para sostener la posición que mantuve en la deliberación, siempre dentro del debido respeto a la decisión mayoritaria.

La cuestión se reduce a interpretar el alcance del artículo 72 del Convenio Colectivo de empresa del **Hospital** Clínic de **Barcelona** que dice así: "Derecho de opción en caso de despido. En el caso de sentencia firme en la que expresamente se declare la improcedencia de despido, la opción a la vuelta al trabajo o la indemnización corresponderá siempre al trabajador". Según la sentencia mayoritaria, 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. En mi opinión, la opción debe corresponderle al trabajador en todos los casos de despido improcedente por las razones que expuse en la deliberación del Pleno de la Sala y que paso a resumir.

En primer lugar, por mera interpretación literal: el precepto habla de "opción en caso de despido", no en caso de despido disciplinario; y habla de "sentencia firme en que se declare la improcedencia del despido", sin



distinguir tampoco entre unas u otras causas de la improcedencia. Y, según el viejo brocardo, "donde la norma no distingue, no debemos distinguir".

Frente a eso se argumenta que el precepto se encuentra ubicado en un capítulo que se refiere al "Régimen disciplinario" y, por tanto, debe entenderse que el mismo 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. La interpretación sistemática del conjunto del ordenamiento laboral y de la jurisprudencia aplicativa conduce al resultado coincidente con la sentencia recurrida: cuando se habla de despido se está hablando de cualquier tipo de despido. En cambio, como veremos más adelante, hay convenios colectivos que especifican que la opción del trabajador opera solamente para los despidos disciplinarios.

En el recurso de casación se invocaba también el criterio finalista. Pero precisamente ese criterio conduce también al mismo resultado que estoy postulando, ya que la finalidad del precepto es preservar el puesto de trabajo del trabajador que es despedido injustamente: y tan injusto es el despido disciplinario de un trabajador que no ha cometido la infracción que se le imputa como hacer objeto a un trabajador de un contrato temporal fraudulento, lo que le aboca al despido sin causa. No se alcanza a ver qué razón existe para que la opción entre readmisión e indemnización se le otorgue al primero y no al segundo.

Por otra parte, en el FD Segundo de la sentencia mayoritaria se invoca nuestra conocida jurisprudencia según la cual en los convenios colectivos, dado su naturaleza híbrida normativa-contractual, se debe *"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, si de eso se trata conviene subrayar lo que afirma el FD Quinto de la sentencia recurrida: "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 procesales 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". Es claro que lo así afirmado por el tribunal a quo, basándose en prueba documental, tiene valor de hecho probado -pese a hallarse en un fundamento jurídico- y lo que afirma es enormemente importante pues nos conecta con un nuevo criterio hermenéutico: el de los actos propios de los contratantes -de la empresa en este caso- que nos conduce al mismo resultado interpretativo que venimos proponiendo.

Por último, debemos referirnos a la STS de 3/10/2011 (caso AENA) citada por la sentencia recurrida en el párrafo que acabo de reproducir e invocada también por la sentencia mayoritaria como precedente jurisprudencial al que habría que atenerse. Pues bien, 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, 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. Por otra parte, sobre el carácter público o privado del **Hospital Clínic de Barcelona** no hubo acuerdo en la Sala pero, en cualquier caso, no figura como hecho probado en la sentencia recurrida y, además, su carácter público fue expresamente negado en nuestra STS 23/05/1985. Pero lo cierto y relevante es que la sentencia recurrida tuvo muy en cuenta la existencia de esa sentencia del caso AENA y rechazó explícitamente su aplicabilidad al supuesto de autos con estas palabras de su FD Quinto: "en la citada sentencia se hace una especial valoración del carácter público de la Entidad demandada, que no es aplicable al caso que nos ocupa".



Por todo ello, opino que el recurso debió ser desestimado y la sentencia recurrida debió ser confirmada y que ello no hubiera supuesto ningún cambio de la doctrina de la Sala, que siempre ha sido que se deben interpretar las cláusulas de cada Convenio Colectivo en su propio contexto sin extrapolar las conclusiones que se hayan podido obtener de la interpretación de cláusulas convencionales más o menos similares de otro Convenio distinto.

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. Jesus Souto Prieto y el voto particular formulado por el Excmo. Sr. D. Manuel Ramon Alarcon Caracuel, y al que se adhieren los/as Excmos/as. Sres/as. Magistrados/as, D. Fernando Salinas Molina, D. Luis Fernando de Castro Fernandez, D. Jordi Agusti Julia, D<sup>a</sup> Maria Luisa Segoviano Astaburuaga, D<sup>a</sup> Rosa Maria Viroles Piñol y D<sup>a</sup> Maria Lourdes Arastey Sahun, hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDO