

Roj: **STS 632/2017 - ECLI:ES:TS:2017:632**Id Cendoj: **28079140012017100049**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **30/01/2017**Nº de Recurso: **52/2016**Nº de Resolución: **81/2017**Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNANDEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAN 3651/2015,**
STS 632/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 30 de enero de 2017

Esta sala ha visto los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud de recurso de casación interpuesto por el Letrado D. Carlos de Frías Redondo, en nombre y representación de STC, STC SECCIÓN SINDICAL EN ERICSSON ESPAÑA, frente a la sentencia de la **Sala de lo Social** de la Audiencia Nacional, de 22 de octubre de 2015, en actuaciones seguidas en virtud de demanda formulada por la misma parte, contra las Empresas "ERICSSON ESPAÑA, S.A."; "ERICSSON NETWORK SERVICES, S.L.", y contra "OPTIMI SPAIN, S.L.U", y, como parte interesada, las siguientes secciones: FEDERACIÓN DE SERVICIOS DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (FeS-UGT), FEDERACIÓN DE SERVICIOS ADMINISTRATIVOS Y FINANCIEROS DE COMISIONES OBRERAS (COMFIA-CC.OO.), COORDINADORA ESTATAL DE MARKETING DE LA CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO (C.G.T.), sobre CONFLICTO COLECTIVO.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernandez

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Letrado D. Carlos de Frías Redondo, en nombre y representación de SINDICATO DE TRABAJADORES DE COMUNICACIONES (STC) Y DE SU SECCIÓN SINDICAL EN ERICSSON ESPAÑA, S.A., se presentó demanda de CONFLICTO COLECTIVO, de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, tras exponer los hechos y motivos que estimaron de aplicación, se terminó por suplicar se dicte sentencia: «estimatoria de la misma en la que se declare la nulidad del sistema de valoración del rendimiento de los trabajadores (IPM), y en consecuencia dejando sin efecto alguno las calificaciones UNDER PERFORMING y PARTIALLY PERFORMING asignadas a los trabajadores, a todos los efectos, sin que puedan ser tenidas en cuenta ni como elemento de congelación salarial y de no obtención del bono, ni como elemento de juicio para señalar los trabajadores afectados por expedientes extintivos de regulación de empleo». En el acto de juicio CGT se adhiere a la demanda.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio, con la intervención de las partes y el resultado que se refleja en el acta que obra unida a las actuaciones. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 22 de octubre de 2015 se dictó sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en la que consta el siguiente fallo: «Desestimamos las excepciones de variación sustancial de la demanda en el acto del juicio; falta de acción; falta de legitimación activa; carencia sobrevenida de parte del objeto procesal y prescripción.- Estimamos, en parte, la excepción de inadecuación de procedimiento en lo que se refiere a la pretensión de la demanda relativa a que "se dejen sin efecto alguno las calificaciones



under performing y partially performing asignadas a los trabajadores a todos los efectos, sin que puedan ser tenidas en cuenta ni como elemento de congelación salarial y de no obtención del bono, ni como elemento de juicio para señalar los trabajadores afectados por expedientes extintivos de regulación de empleo", sin que tampoco este procedimiento pueda ser el cauce para revisar los criterios de selección de los trabajadores afectados por los expedientes de regulación de empleo, ni analizar la cuestión referida a la deficiencia de horas de formación o el exceso de jornada de determinados trabajadores, dejando impregunadas las referidas acciones.- Desestimamos la demanda formulada por D. CARLOS DE FRÍAS REDONDO, abogado del Ilustre Colegio de Madrid, en nombre y representación del SINDICATO DE TRABAJADORES DE COMUNICACIONES (STC) Y DE SU SECCIÓN SINDICAL EN ERICSSON ESPAÑA, S.A., contra las Empresas "ERICSSON ESPAÑA, S.A.", "ERICSSON NETWORK SERVIDES, S.L.", y contra "OPTIMI SPAIN, S.L.U", y, como parte interesada, las siguientes secciones: FEDERACIÓN DE SERVICIOS DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (FeS-UGT), FEDERACIÓN DE SERVICIOS ADMINISTRATIVOS Y FINANCIEROS DE COMISIONES OBRERAS (COMFIA-CC.OO.), COORDINADORA ESTATAL DE MARKETING DE LA CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO (C.G.T.), sobre CONFLICTO COLECTIVO y absolvemos a los demandados de las pretensiones frente a los mismos deducidas en demanda».

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: «**PRIMERO** .-El Sindicato demandante cuenta con representación sindical/unitaria en la Empresa y SECCIÓN SINDICAL EN ERICSSON ESPAÑA, S.A.- **SEGUNDO** .-El Grupo Ericsson en España está conformado por tres empresas ("ERICSSON ESPAÑA, S.A.", "ERICSSON NETWORK SERVIDES, S.L.", y "OPTIMI SPAIN, S.L.U"), Los trabajadores del Grupo se encuentran bajo dos convenios colectivos distintos. Los convenios de aplicación vigentes son: a) CONVENIO COLECTIVO DE LA INDUSTRIA, SERVICIOS E INSTALACIONES DEL METAL DE LA COMUNIDAD DE MADRID.- b) XVI CONVENIO COLECTIVO ESTATAL DE EMPRESAS DE CONSULTORÍA Y ESTUDIOS DE MERCADOS Y DE LA OPINIÓN PÚBLICA. (Hecho conforme).- **TERCERO**.- En SAN nº 202/2013, de 18 de noviembre de 2013, dictada en el procedimiento de despido colectivo nº 338/2013, se declaró como hecho probado, que las tres empresas demandadas constituyen un grupo a efectos laborales, denominado Grupo ERICSSON, que consolidan sus cuentas con la matriz sueca. En los antecedentes de hecho de la referida sentencia, se hace constar que: " Las tres mercantiles codemandadas admitieron su condición de grupo a efectos laborales, si bien subrayaron desde un principio, que dicha circunstancia no tenía por objeto ningún fraude, sino una organización del trabajo más eficiente, que no había minorado nunca los derechos de los trabajadores." (Descriptor 54).- **CUARTO**.- El grupo de empresas ERICSSON tiene establecido un sistema de evaluación del desempeño (performance), que tiene cinco niveles de evaluación del trabajador.- La Empresa evalúa anualmente a cada trabajador asignándole una calificación que denomina: 1. Exceptional Performance (cumplimiento excepcional).- 2. Exceeds Expectations (cumple mejor de lo esperado).- 3. Meets Expectations (cumple las expectativas).- 4. Partially performing (cumplimiento parcial).- 5. Under performing (cumplimiento deficiente).- Para efectuar esta evaluación la empresa utiliza una herramienta informática denominada ITM, dentro del cual se recoge el proceso de evaluación denominado IPM, donde se van recogiendo, además de las tareas y objetivos fijados para cada uno de los empleados, los criterios que deben seguirse para la evaluación de desempeño de cada empleado y los comentarios del jefe del trabajador (Manager), para evaluar el desempeño individual de cada empleado, a nivel individual. El empleado puede consultar estos comentarios, ya que están a su disposición.- El Manager evalúa, inicialmente, el desempeño del trabajador conforme a los criterios (objetivos individuales). Adicionalmente se lleva a cabo un proceso de calibración del desempeño en el que participa el superior del Manager y RR.HH.- Si el trabajador obtiene una calificación negativa (partially performing o under performing), lo que la empresa define como "below expectations" (por debajo de lo esperado), entra en un plan de mejora de rendimiento, denominado PIP (Performance Improvement Plan), que consiste en el seguimiento continuado del trabajador por la empresa durante el año siguiente con la finalidad de reeducar al trabajador para conducirlo a actitudes de trabajo que le lleven a mejorar dicha evaluación. (Hecho conforme).- A través de la herramienta ITM el empleado conoce los comentarios y criterios utilizados por su manager para la evaluación de su desempeño personal y el propio empleado puede hacer los comentarios oportunos a su managers en relación con la evaluación de desempeño (descriptores 82 y 134).- El sistema de valoración consiste en una charla inicial (entre el 1 de enero y el 20 de marzo) con el manager para establecer objetivos y hablar de los resultados del año anterior y charla de seguimiento (en el período 1 de junio al 30 de agosto) con el manager para ver la evolución del empleado.- En la empresa está implantado el sistema de evaluación de desempeño desde al menos el año 2005.- (Prueba testifical de la empresa demandada).- La mayoría de los trabajadores de la Empresa, tienen pactado su salario, mediante pacto individual, estructurado en dos componentes: Una parte fija (salario fijo) y una parte salarial variable (VPS) ligada a la consecución de objetivos.- La parte fija, es actualizable anualmente, mediante dos variables, la subida legal prevista en el convenio colectivo, y la subida de mérito en la que se tiene en cuenta, el salario mercado del puesto de la unidad/compañía, y la evaluación individual del desempeño. (Hecho conforme).- La parte variable (salario variable denominado VPS) ligada a la consecución de objetivos y cuando el empleado obtiene la calificación de "under performing", no



percibe variable (VPS). Si lo perciben los "partially performing". (Prueba testifical de la empresa demandada).- **QUINTO.**- La empresa sigue un manual denominado TALENT MANAGEMENT dirigido principalmente a los managers sobre el uso de la herramienta ITM en lo que se refiere al proceso de valoración de los trabajadores (IPM). En las presentaciones a los manager sobre la valoración del desempeño, se exponen recomendaciones o directrices en los que se indica a los managers que porcentaje de trabajadores espera la empresa van a ser calificados below expectation, los trabajadores que van a cumplir las expectativas de la empresa y aquellos otros que van exceder en su cumplimiento. En el mismo un porcentaje de trabajadores está por debajo de los ratings de cumplimiento; el grueso de la plantilla cumple y un porcentaje menor de la misma excede en su cumplimiento. (Prueba testifical de la empresa).- Las recomendaciones o directrices indican que entre el 10 y el 15% de la plantilla debiera calificarse "partially performing" y "under performing". Han obtenido estas calificaciones en total, el 7,6% de la plantilla en 2011; el 7,2% de la plantilla en 2012; el 5,2% de la plantilla en 2013 y el 4,3% de la plantilla en 2014.- (Descriptor 151 a 154) y prueba testifical de la empresa.- Todos los empleados de Ericsson cobran retribución variable (sistema STV) a excepción de la calificación "under performng", que no percibe variable, porque los criterios de devengo del bono (variable), así lo establecen. (Descriptor 113).- **SEXTO.** - En Ericsson España, en 2013, de 99 empleados below expectations, un empleado fue calificado como Exceeds Expectations en 2014 y fueron calificados Meets Expectations 63 empleados en 2014.- En Ericsson Networks Services, en 2013, de 43 empleados calificados como Below Expectations, en el año 2014,20 empleados fueron calificados como Meets Expectations.- En Optimi Spain, de 10 empleados calificados como Below Expectations en 2013, 7 fueron calificados como Meets Expectations. (Descriptor 84).- **SÉPTIMO.**- En Ericsson España, no hay un procedimiento formalmente establecido de revisión del desempeño, pero los empleados pueden solicitar la revisión de su desempeño a RR.HH. o a su manager y pueden consultar la ITM con los comentarios y criterios del manager para evaluar el desempeño del empleado. (Prueba testifical de la empresa).- **OCTAVO.** - En fecha 24 de diciembre de 2013 los representantes legales de las tres empresas codemandadas y los representantes de los trabajadores de los centros de trabajo afectados de Ericsson España S.A. y los miembros integrantes de la Comisión negociadora de conformidad con las actas suscritas el 11 de diciembre de 2013, llegaron a un acuerdo sobre el sistema de retribución variable o bono en Ericsson España, con efectos de 1 de enero de 2014 (descriptor 51), cuyo contenido, se da por reproducido.- **NOVENO.**- En relación con el procedimiento de mediación promovido por CGT como consecuencia de la reclamación interpuesta el 5 de enero de 2015 frente a ERICSSON ESPAÑA, S.A., ERICSSON NETWORK SERVICES, S.L., OPTIMI SPAIN SLU por motivo, según consta en la solicitud de mediación, de petición de nulidad del sistema de rendimiento (valoración del desempeño) establecido para los trabajadores así como desacuerdo con el método y las valoraciones realizadas por los responsables, para la consecución individual del Bono por los empleados., REUNIDOS en la Sede del Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje (SIMA) , en fecha 20 de enero de 2015, se llegó al siguiente ACUERDO entre las partes intervinientes: *"Las partes se comprometen a que en el plazo de 60 días en el caso de Ericsson España, S. A. en el seno de la Comisión de Retribuciones y en el caso de Ericsson Network Services, S.L. y Ericsson Optimi España, S.L.U. en las comisiones que se creen al efecto entre la RLT y la Dirección de las empresas, acordar un procedimiento para el análisis e informe, con todas las garantías, de las reclamaciones efectuadas por los trabajadores en materia de evaluación de desempeño. Asimismo, se ratifica por la Empresa el compromiso de que en los casos de los colectivos que por cualquier razón (guarda legal, maternidad, horas sindicales...) no realicen la jornada completa esta circunstancia no afecte negativamente a la evaluación de desempeño, informándose a la RLT la incidencia de las evaluaciones de los empleados con menor tiempo de trabajo."* En dicha acta, la parte social se reserva las acciones judiciales pertinentes sobre aquellas materias en las que no haya habido acuerdo expreso.- Por otro lado, Santos en representación de STC, en relación al acta manifiesta lo siguiente: en cuanto a las partes que deben negociar la propuesta manifestamos que serán los diferentes comités de empresa en el seno de su ámbito de representación en Ericsson. Los legítimos representados para ello. La Comisión de retribuciones en Ericsson tiene una función en el seno de una negociación finalizada con Acuerdo sobre el bono y entiende esta parte incluir esta negociación no contribuirá a mejorar el presente Acuerdo. (Descriptores 2,58, 59 y 106).- **DÉCIMO.** - Se propuso por RR.HH. de la empresa en fechas 11 de febrero y 3 de marzo de 2015, un procedimiento para la revisión del desempeño (descriptores 63 y 67), que no fue aceptado por STC, respondiendo por correo electrónico el día 3 de marzo indicando que pedían disculpas porque habían estado muy liados y no habían podido analizar este asunto e insistiendo en lo mencionado en el SIMA, estaban de acuerdo en crear el protocolo, pero no estaban de acuerdo en negociarlo en la mesa de retribuciones, por entender que la negociación se debe dar en el seno de los comités de empresa como legítimos representantes de los trabajadores. (Descriptores 60).- **DÉCIMO-PRIMERO.**- El 14 de septiembre de 2015, STC envía una propuesta a la empresa. (Descriptor 145, hecho conforme).- **DÉCIMO-SEGUNDO.** - En fecha 14 de abril de 2015 se llegó a un acuerdo entre la representación de la empresa y la representación legal de los trabajadores de Ericsson Network Services S.L. y se aprobó el procedimiento para el análisis e informe de las reclamaciones efectuadas por los trabajadores en materia de evaluación de desempeño. (Descriptor 71).- Se ha llevado a cabo la revisión del desempeño de seis empleados de Ericsson Network Services S.L.- (hecho conforme).- **DÉCIMO-TERCERO.**- En fecha 9 de julio de 2015, se



celebró ante el (SIMA), el procedimiento de mediación promovido por STC y Secc. Sind. STC en ERICSSON ESPAÑA frente a ERICSSON ESPAÑA, S.A., ERICSSON NETWORK SERVICES. S.L. y OPTIMI SPAIN SLU por motivo, según consta en la solicitud de mediación, de dejar sin efecto el Sistema de Valoración del Rendimiento de los trabajadores, que finalizó teniendo como resultado la falta de acuerdo. (Descriptor 121).- **DÉCIMO-CUARTO** .-La primera vez que realiza una propuesta STC es el 14 de septiembre de 2015.- (Hecho conforme).- **DÉCIMO-QUINTO** .-STC está representada en la Comisión de retribuciones, con seis miembros, y dentro de las competencias de esta Comisión están las de: "realizar un seguimiento de la retribución" y la de "identificar posibles mejoras o deficiencias del sistema retributivo proponiendo las medidas de corrección adecuadas sobre el sistema retributivo". (Descriptor 41).- **DÉCIMO-SEXTO**.- En Optimi Spain, S. L. U., Se está negociando el procedimiento de revisión de la valoración del desempeño. (Descriptor 72).- **DÉCIMO-SÉPTIMO** .- En fecha 13 de mayo de 2015 se dictó sentencia en los autos nº 263/2015, seguidos ante el juzgado de lo social número 30 de Madrid, estimatoria, en parte, de la demanda de derechos fundamentales formulada por D^a. Julieta contra la empresa Ericsson España SA, declarando la vulneración del derecho fundamental ala libertad sindical en su modalidad de garantía de indemnidad de la actora por parte de la empresa demandada como consecuencia de la evaluación llevada a cabo por la mercantil de la actuación profesional de la trabajadora durante el ejercicio 2013, ordenando a la misma a que cese en tal comportamiento transgresor, absolviéndose a la empresa del resto de los pedimentos deducidos en su contra. (Descriptor 30).- **DÉCIMO-OCTAVO**.- En el acta final del período de consultas "sin acuerdo" en el procedimiento de despido colectivo, de fecha 1 de julio de 2013 de las tres empresas codemandada se recoge: Las extinciones de los contratos de trabajo serán designadas por la Empresa, aplicando los siguientes criterios de selección: Conexión con el puesto de trabajo amortizado (proximidad funcional y/o geográfica).- 2. En razón inversa a los ratios de productividad de cada empleado.- 3. En razón inversa a la especialización o polivalencia de cada trabajador.- 4. Falta adecuación entre el perfil de la persona y los requerimientos del puesto.- 5. En razón inversa a la empleabilidad para cambio a otra unidad en el Departamento.- 6. En razón inversa a la empleabilidad para cambio a otra unidad en la Compañía.- Evaluación de Desempeño.- Será suficiente que se cumpla un único criterio de selección para que el trabajador pueda estar afectado por la extinción del contrato de trabajo. (Descriptor 28).- **DÉCIMO-NOVENO** .-En el acta final del período de consultas "sin acuerdo" en el procedimiento de despido colectivo de las tres empresas codemandadas, de fecha 21 de mayo de 2015, se recoge: Las extinciones de los contratos de trabajo serán designadas por la Empresa, aplicando los siguientes criterios de selección: 1. Conexión con el puesto de trabajo amortizado (proximidad funcional y/o geográfica).- 2. En razón inversa a la especialización o polivalencia de cada trabajador.- 3. Falta adecuación entre el perfil de la persona y los requerimientos del puesto.- 4. En razón inversa a la empleabilidad para cambio a otra unidad en el Departamento.- 5. En razón inversa a la empleabilidad para cambio a otra unidad en la Compañía.- 6. En razón inversa a los ratios de productividad de cada empleado.- 7. Evaluación de Desempeño.- Será suficiente que se cumpla un único criterio de selección para que el trabajador pueda estar afectado por la extinción del contrato de trabajo. (Descriptor 29).- **VIGÉSIMO** .-En agosto de 2015 Alfredo , Secretario General de la Sección Sindical de STC en Ericsson Network Services S.L., D^a. María Angeles , Miembro Comité Empresa del Edificio Fuenlabrada en Ericsson Network Services S.L. y D. Dimas Miembro de Comité de Empresa del Edificio de Fuenlabrada en Ericsson Network Services S.L., formularon denuncia ante la inspección de trabajo, cuyo contenido, obrando en autos (descriptor 125), se da por reproducido.- **VIGÉSIMO-PRIMERO** .- El idioma oficial en la empresa es el inglés cuyo conocimiento, a veces se exige a los empleados y a veces no. En el caso de que no sepan inglés se les explica los objetivos de desempeño individual en castellano. (Prueba testifical de la empresa).- Se han cumplido las previsiones legales».

QUINTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de casación por el Letrado D. Carlos de Frías Redondo, en nombre y representación de STC, STC SECCION SINDICAL EN ERICSSON ESPAÑA, amparándose en los siguientes motivos: 1º.- Al amparo del apartado c) del artículo 207 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte.- 2º.- Al amparo del apartado d) del artículo 207 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, para "REVISAR LOS HECHOS DECLARADOS PROBADOS A LA VISTA DE LAS PRUEBAS DOCUMENTALES ".- 3º.- Al amparo del apartado e) del art. 207 de la ley reguladora de la Jurisdicción Social que lo establece para examinar las infracciones de las normas sustantivas o de la jurisprudencia.- a) Infracción de los artículos 24 y 28 de la Constitución Española del artículo 94 de la ley reguladora de la jurisdicción social y de la doctrina jurisprudencial y constitucional que lo desarrolla .- b) infracción de los artículos 10 del convenio colectivo de industrias del metal y 13 del convenio estatal de consultorías.

SEXTO.- Evacuado el trámite de impugnación, se emitió el preceptivo informe del Ministerio Fiscal, en el sentido de considerar improcedente el recurso, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 31 de enero de 2017, en cuya fecha tuvo lugar.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Por sentencia de 22/Octubre/2015, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional desestimó la demanda de conflicto colectivo interpuesto por el «Sindicato de Trabajadores de Comunicación» [STC] y su Sección Sindical en la demandada «Ericsson España, SA», dejando imprejuzgada parte de la pretensión explicitada en el suplico de la demanda.

2.- Se formula recurso de casación con tres motivos: en el primero de ellos -al amparo del apartado «c» del art. 207 LJS, se solicita nulidad de actuaciones por quebrantamiento procesal determinante de indefensión; en el segundo -por el cauce del apartado «d» del mismo precepto procesal- se interesa la revisión de los HDP cuarto, quinto, sexto, décimo, decimosegundo y decimosexto, así como la adición de un novedoso ordinal vigesimosegundo; y en el tercero de los motivos - bajo la cobertura del apartado «e» del art. 207 LJS- se denuncia la infracción de los arts. 24 y 28 CE, del art. 94 de la LJS y jurisprudencia interpretativa, así como de los arts. 10 del Convenio Colectivo de Industrias del Metal y 13 del Convenio Estatal de Consultorías.

SEGUNDO.- 1.- La pretendida nulidad de actuaciones se intenta justificar señalando que en demanda se habían solicitado que «con una antelación de al menos 30 días hábiles» al acto de juicio la empresa aportase la relación anual: a) «de los trabajadores del Grupo Ericsson a los que en los años 2012, 2013 y 2014 se les ha asignado como criterio de evaluación la obtención de determinados certificados de formación, con especificación de los mismos y de los tiempos recomendados de estudio para la obtención de cada uno»; y b) «de los trabajadores recogidos en las relaciones anteriores, las hojas de reporte horario semanal, en el que se incluya las horas de dedicación a la formación destinadas en su caso a la obtención de la certificación». Y que admitida tal prueba por la Sala de la Audiencia Nacional, la falta de aportación de la indicada documentación le ha generado indefensión determinante de la nulidad de actuaciones.

2.- El motivo por fuerza ha de ser desestimado, en tanto que ni su planteamiento se ajusta a la realidad procesal que consta en autos ni la consecuencia que se predica corresponde en términos de estricta legalidad:

a).- Ciertamente que «...si el órgano judicial ordinario estima pertinente y admite la práctica de un determinado medio probatorio y la parte insta su ejecución, se vulnera el derecho fundamental a utilizar los medios pertinentes de prueba para su defensa si el órgano judicial deja de disponer la ejecución del medio probatorio sin causa legítima que lo justifique...; pues, como también dijo el T.C. en sentencia 147/1987, de 25 de septiembre la inejecución de una prueba admitida "objetivamente...equivale a una inadmisión y, dadas las circunstancias, no motivada o fundada"; todo ello, salvo que se hubiera declarado con posterioridad a su admisión impertinente o irrelevante con razones fundadas» (SSTS 17/01/07 -rco 16/05-, para prueba testifical; y SG 25/11/14 -rco 176/13-, para documental en un PDC).

b).- Pero no lo es menos que tal doctrina se ciñe -como evidencia su precedente exposición- a la injustificada negativa judicial a practicar la prueba previamente acordada, sin que sea factible tal criterio a los supuestos de falta de aportación de la prueba documental que se hallase en poder de la parte demandada y para la que hubiese sido judicialmente requerida, pues éste supuesto tiene expresa regulación -como veremos- en el art. 94.2 LJS.

c).- En el caso debatido, la prueba documental de que tratamos fue admitida por la Sala de instancia, por medio de Auto 21/05/15 [descriptor 6], pero en ella la Audiencia Nacional se limitó a acordar -como en derecho procedía- «requerir a la parte demandada para que aporte la documentación solicitada en demanda». Y la consecuencia de la desatención empresarial al mandato judicial, no es -en absoluto- la nulidad de actuaciones ahora pretendida, sino -como adelantamos- la que específicamente dispone el art. 94.2 LJS, de que «podrán estimarse probadas las alegaciones hechas por la contraria en relación con la prueba acordada»; posible -y única- consecuencia que la parte recurrente en absoluto desconoce, hasta el punto de que -como se indica en el FJ Séptimo de la decisión recurrida- en el acto de juicio «se solicita por la parte demandante que se haga uso de la facultad prevista en el artículo 94.2 de la LRJS en relación a la prueba documental solicitada en demanda y admitida por la Sala...».

3.- Es más, esta última precisión, de orden fáctico/procesal y relativa a que la no aportación de la documental dio lugar a que el Sindicato accionante únicamente solicitase que se tuviesen por acreditadas las afirmaciones de la demanda, nos llevaría por sí misma a excluir la pretendida nulidad de actuaciones, pues:

a).- Es presupuesto indispensable de ella -la nulidad de actuaciones- que se hubiese producido una situación real de indefensión, y ésta no puede sostenerse cuando la parte actora ni tan siquiera solicitó la suspensión del acto de juicio y que nuevamente se requiriese a la demandada para aportar la documental ausente, conformándose con la mera solicitud de ficción probatoria, pues -como esta Sala ha indicado- frente a la negativa de una parte a aportar los documentos solicitados, debe presentar la otra protesta formal, sin la cual no será posible en su momento pretender una potencial nulidad de actuaciones, no quedando cubierta tal



exigencia con la mera petición de que el juzgador recurra -para subsanar el defecto-a una diligencia para mejor proveer (en tal sentido, SSTS 27/10/04 -rec. 48/04-; y 03/10/06 -rec. 146/05-).

b).- Esta última afirmación se justifica si tenemos en cuenta que «la nulidad de actuaciones constituye una medida excepcional que debe quedar reservada para casos extremos de una total indefensión, de modo que no basta que se produzca una vulneración de normas procesales sino que es preciso que ello haya determinado una indefensión material a la parte que la invoca, ya que la nulidad no deriva de cualquier infracción o vulneración de normas procesales sino de que esta vulneración le haya producido al interesado un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa» (STC 43/1989, de 20/Febrero; ATC 3/1996, de 15/Enero. SSTS 24/09/12 -rec. 2328/2011-; 09/03/15 -rco 119/14-; y 09/03/15 -rco 119/14-).

c).- Por ello entendemos que no cabe predicar indefensión cuando la parte no solicita la corrección procesal y material de la ausencia de prueba teóricamente causante del pretendido desamparo, sino que se limita a optar por la solución jurídica de pedir tan sólo la «ficta confessio» que en tales supuesto el órgano judicial pueda acordar ex art. 94.2 LJS.

TERCERO.- 1.- Entrando ya en el segundo motivo del recurso hemos de precisar que la revisión propuesta en él va referida a dar nueva y completa redacción a los HDP que constan en los ordinales cuarto, quinto, sexto, décimo, decimosegundo y decimosexto; así como para introducir un nuevo ordinal, el nominado decimosegundo, en términos que damos por reproducidos y que no aceptamos por las razones que acto continuo ofrecemos.

2.- Tal como literalmente expusimos en ocasión precedente, «[c]onforme a inveterada doctrina de la Sala, para que la denuncia del error pueda ser apreciada, es precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: a).- Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico [no basta mostrar la disconformidad con el conjunto de ellos]. b).- Que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental -litosuficiente- obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada]. c).- Que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos. d).- Que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia; e).- Que los datos que se propongan introducir en el relato fáctico de datos de este carácter y no conclusiones o valoraciones de carácter jurídico predeterminantes del fallo [reiterando unánime criterio anterior, SSTS 25/05/15 -rco 72/14-; 10/06/15 -rco 178/14-; 15/06/15 -rco 164/14-; 23/06/15 -rco 315/13-; SG 16/07/15 -rco 180/14-; y 16/09/15 -rco 330/14-].

Genéricas afirmaciones que únicamente se alcanzan a comprender en toda su amplitud teniendo en cuenta ya más concretas precisiones de la Sala en orden a los antedichos requisitos, cuales son -entre otras-: 1ª).- Que el proceso laboral está concebido como un proceso de instancia única -que no grado-, lo que significa que la valoración de la prueba se atribuye en toda su amplitud - art. 97.2 LRJS- únicamente al juzgador de instancia [en este caso a la Sala "a quo"], por ser quien ha tenido plena intermediación en su práctica, y que la revisión de sus conclusiones únicamente puede ser realizada cuando un posible error se desprenda de manera evidente de documentos idóneos para tal fin, pero rechazando que ello pueda conducir a negar las facultades de valoración que corresponden al Tribunal de instancia, únicamente fiscalizables si no se han ejercido conforme a las reglas de la sana crítica [SSTS 02/07/14 -rco 241/13-; 16/09/14 -rco 251/13-; 15/09/14 -rco 167/13-; y SG 16/07/15 -rco 180/14-]. 2ª).- Que expresamente ha de rechazarse la formulación del motivo revisorio cuando con ella se pretende que esta Sala lleve a cabo una nueva valoración de la prueba [obteniendo, naturalmente, consecuencias distintas de las que aparecen plasmadas en el relato histórico de la sentencia recurrida], como si el presente recurso no fuera el extraordinario de casación sino el ordinario de apelación [así, SSTS SG 23/09/14 -rco 231/13-; 21/10/14 -rco 11/14-; SG 22/12/14 -rco 147/14-; y 16/09/15 -rco 330/14-]. 3ª).- Que los documentos al efecto invocados «deben tener una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable», hasta el punto de afirmarse que la certidumbre del error está reñida con la existencia de una situación dubitativa (próximas, SSTS 15/09/14 -rco 167/13-; 16/09/14 -rco 251/13-; SG 18/07/14 -rco 11/13-; y SG 16/07/15 -rco 180/14-]. 4ª).- Que la revisión fáctica no puede fundarse en el mismo documento en que se ha basado la sentencia impugnada para sentar sus conclusiones, pues como la valoración de la prueba corresponde al Juzgador y no a las partes, no es posible sustituir el criterio objetivo de aquél por el subjetivo de las partes [el juicio de evaluación personal del recurrente], y sólo procedería en supuestos de evidente error, sin necesidad de interpretaciones, conjeturas o razonamientos [recientes, SSTS SG 29/09/14 -rco 305/13-, FJ 3.1; SG 23/09/14 -rco 231/13-; 21/10/14 -rco 11/14-; y SG 16/07/15 -rco 180/14-]. 5ª).- Que la mera alegación de prueba negativa no puede fundar la denuncia de un error de hecho en casación (entre las últimas, SSTS SG 18/07/14 -rco 11/13-; SG 23/09/14 -rco 231/13-; SG 22/12/14 -rco 147/14-; SG 16/06/15 -rco 273/14-; y 16/09/15 -rco 330/14-]» (STS 18/12/15 -rco 25/15-).



3.- Insistiendo en la misma línea, hemos indicado que el art. 207.d) LJS «no permite la revisión plena del material probatorio. Se limita, por el contrario, a posibilitar un reexamen excepcional de la declaración de hechos probados cuando a la luz de ciertas pruebas [de carácter documental], se acredite que algún extremo de la misma es, sin duda, equivocado. Las consecuencias de esta configuración legal son múltiples puesto que condiciona las posibilidades reales de que la revisión de hechos probados se produzca en casación» (así, SSTS 30/06/16 -rco 231/15-; 06/07/16 -rco 155/15-; y 07/07/16 -rco 174/15-). Porque «[n]o puede pretender el recurrente, de nuevo, la valoración total de las pruebas practicadas o una valoración distinta de una prueba que el juzgador "a quo" ya tuvo presente e interpretó de una determinada manera, evitando todo subjetivismo parcial e interesado en detrimento del criterio judicial, más objetivo, imparcial y desinteresado. Por ello, la jurisprudencia excluye que la revisión fáctica pueda fundarse "salvo en supuestos de error palmario... en el mismo documento en que se ha basado la sentencia impugnada para sentar sus conclusiones, pues como la valoración de la prueba corresponde al Juzgador y no a las partes, no es posible sustituir el criterio objetivo de aquél por el subjetivo juicio de evaluación personal de la recurrente» (SSTS 18/05/16 -rco 108/15-; 30/06/16 -rco 231/15-; 07/07/16 -rco 174/15-; 25/10/16 -rco 129/15-; 25/10/16 -rco 3/16-; y 08/11/16 -rco 259/15-).

4.- Tal doctrina imposibilita la revisión propuesta, en tanto que la misma en manera alguna combate las concretas precisiones fácticas realizadas por la sentencia recurrida, sino que se limita a efectuar las más diversas afirmaciones y subjetivas valoraciones, que formalmente pretende amparar en prácticamente la totalidad de la prueba documental aportada y valorada -en forma diferente- por la sentencia recurrida [expresamente se citan de forma sucesiva, para los hechos cuarto, quinto y sexto, los descriptores 126, 127, 128 y 129, 15 y 16, 103 y siguientes, 79, 138, 152, 153, 154, 155 y 156, 2, 27, 124, 125, 126 y 127, 162, 152, 153, 154, 84, 155, nuevamente 152 a 156, 130, 15 y 17; para los hechos décimo, décimo segundo y décimo sexto, los descriptores 72, 63, 67, 71, 72, 27 y 2; y para el hecho vigesimosegundo, los descriptores 124 a 127, 80, 83, 85, 18 y 135]. Y asimismo es destacable que la cita documental efectuada no se relaciona expresamente con los correlativos hechos que la recurrida tiene por acreditados y que el recurso ignora sin específica argumentación para contradecirlos o impugnarlos, sino que se plasma en toda clase de valoraciones -algunas de ellas sobre pretendidas intenciones empresariales-, acudiendo incluso a la rechazable técnica del amparo negativo de prueba, para así llegar no a un razonable texto «revisado», sino a una nueva y subjetiva redacción integral de la sentencia, ajustada a las afirmaciones efectuadas en la demanda y a los intereses de la recurrente, y ello sin efectuar la menor consideración crítica -mucho menos justificar la divergencia- de los concretos puntos de hecho afirmados -y convenientemente justificados- por la Audiencia Nacional.

CUARTO.-1.- Con carácter subsidiario a la -ya rechazada- nulidad de actuaciones, el Sindicato recurrente denuncia la infracción de los arts. 24 y 28 CE, en relación con el art. 94 LJS, argumentando que «la Sentencia de instancia no funda su decisión de no entender probados los hechos a pesar de la falta de actividad probatoria de la demandada y de la actuación manifiestamente dolosa e impeditiva de la misma para evitar la prueba de esta parte. Creemos que este hecho, junto con el resto de hechos indiciarios son suficientes para acoger la pretensión de condena que formula esta parte puesto que ha quedado acreditado...».

2.- La denuncia es inaceptable, siendo así que la propia parte recurrente es consciente -y lo afirma- de que el «carácter potestativo de la facultad judicial de tener o no tener por acreditadas las alegaciones de la proponente no es susceptible de revisión», por cuanto que -como ha manifestado en diversas ocasiones esta Sala- la posibilidad de adoptar la «ficta confessio» ha de ser entendida en el sentido de que ello no constituye una obligación para el Juez, sino una facultad cuya utilización habrá de ponderar y ejercitar motivadamente (en tal sentido, SSTS 27/10/04 -rec. 48/04-; y 03/10/06 -rec. 146/05-), de lo que forzosamente se deriva que el posible defecto de motivación de la medida no puede determinar la modificación de las conclusiones fácticas de la sentencia [posibilidad muy limitada en los recursos extraordinarios], sino que únicamente podría traducirse -concurriendo su presupuesto de indefensión material- en nulidad de la sentencia recurrida; pero éste es una consecuencia no solicitada por esta causa en autos.

3.- No diferente suerte corresponde al segundo bloque de denuncias, la de los arts. 10 del Convenio Colectivo del Metal y 13 del Convenio Estatal de Consultorías, siendo así que tal denuncia:

a).- Para empezar, incurre en el rechazable vicio procesal de la llamada «petición de principio» o «hacer supuesto de la cuestión», que se produce cuando se parte de premisas fácticas distintas a las de la resolución recurrida (SSTS 15/03/07 -rco 44/06-; ... SG 11/02/16 -rco 98/15-; 03/02/16 -rco 31/15-; SG 17/03/16 - rco 178/15-; y 10/03/16 -rco 83/15-). Porque sorprendentemente la denuncia formulada se pretende justificar en afirmaciones totalmente ajenas al relato de los HDP [«No se informa a la representación legal de ningún aspecto del sistema de organización del trabajo que es impuesto unilateralmente y además se expresa exclusivamente en idioma inglés, idioma cuyo conocimiento ni se exige al tiempo de la contratación, ni es retribuido cuando se conoce y utiliza... la evaluación de dichos objetivos se efectúa sin sometimiento a los



critérios de evaluación contenidos en el propio sistema... El incremento paulatino y constante del porcentaje de trabajadores cuya valoración negativa es recomendada... »].

b).- Asimismo, prescinde de que la denuncia de la infracción de ley es uno de los requisitos esenciales del recurso de casación -ordinario o para la unidad de doctrina- y que para estar correctamente formulada no sólo se tiene que referir a precepto o preceptos concretos, sino que además -salvo supuestos de innegable sencillez normativa- ha de razonar de forma clara sobre la fundamentación de la infracción, tal como se deduce no sólo del art. 210.2 LRJS [«... razonando la pertinencia y fundamentación» de los motivos], sino del art. 481.1 de la supletoria LECV [«... se expondrán con la necesaria extensión, sus fundamentos...»]» (recientes, SSTs 29/09/14 -rcud 901/13-; 30/06/15 -rcud 854/14-; 27/04/16 -rcud 2708/14-; y 03/05/16 -rcud 2982/14-).

Y en el caso debatido esa explicación -conexión entre el relato de hechos y la norma invocada- se halla por completo ausente, siendo así que para justificar la doble denuncia normativa el recurso se limita a efectuar una serie de afirmaciones -por completo valorativas y obviamente subjetivas- desconectadas con los HDP, tales que «... El sistema aunque formalmente sobre el papel aparenta fijar al trabajador un rendimiento normalizado de cumplimiento de sus obligaciones laborales ... materialmente deviene falaz... los trabajadores no son valorados conforme a un rendimiento óptimo normalizado sino por comparación con sus compañeros más productivos por lo que aunque un trabajador cumpla con sus objetivos puede ser valorado negativamente ... El incremento paulatino y constante del porcentaje de trabajadores cuya valoración negativa es recomendada actúa como un pistón sobre un cilindro comprimiendo cada vez más a los trabajadores que se ven cada vez más presionados viéndose forzados a competir entre ellos en una lucha fratricida que les obliga a renunciar a derechos, a prolongar sus jornadas,... El sistema por tanto no mejora los procesos productivos para optimizarlos reduciendo la fatiga o el riesgo físico o psíquico del trabajador, sino que persigue la máxima explotación del individuo. El sistema se corrompe hasta tal punto que, igual que sirve para eliminar a los menos productivos (aunque su rendimiento sea normal), se utiliza sin pudor para desprenderse de trabajadores que no interesan a la Empresa... ».

QUINTO.- Las precedentes consideraciones no sólo nos llevan a decidir que -como informa el Ministerio Fiscal- el recurso ha de ser desestimado y confirmada la sentencia de instancia, sino que incluso nos generan la convicción de que en autos se cuestiona un sistema de valoración del trabajo, que aun ajustándose a la legalidad vigente [ésta es la conclusión fijada por la recurrida que confirmamos], de todas formas puede resultar -así lo considera el Sindicato actor- muy desfavorable para los intereses de los trabajadores; pero ésta consideración, más que un conflicto jurídico lo es de intereses y -por ello- su adecuada solución no se encuentra en el trámite de Conflicto Colectivo seguido en autos. Sin imposición de costas [art. 235.1 LRJS].

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º.- Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación del «SINDICATO DE TRABAJADORES DE COMUNICACIÓN» [STC] y su SECCIÓN SINDICAL en «ERICSSON ESPAÑA, SA». 2º.- Confirmar la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en fecha 22/Octubre/2015 [autos nº 139/15] y por la que se absolvió a «ERICSSON ESPAÑA, SA», «ERICSSON NETWORK SERVICES SL», «OPTIMI SPAIN SLU» y los SINDICATOS «CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO», «FES-UGT» y «CONFÍA CCOO». Sin imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Fernando de Castro Fernández hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.