



Roj: **STS 5417/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:5417**

Id Cendoj: **28079149912016100038**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **23/11/2016**

Nº de Recurso: **91/2016**

Nº de Resolución: **983/2016**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MILAGROS CALVO IBARLUCEA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ PV 3157/2015,**
STS 5417/2016

SENTENCIA

En Madrid, a 23 de noviembre de 2016

Esta sala ha visto los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de los recursos de casación interpuestos por el Letrado D. Alberto Angoitia López, actuando en nombre y representación del sindicato Esker Sindikalaren Konbergentzia-ESK, así como de los miembros del Comité de Empresa de Eusko Irratia S.A., D^a Francisca , D^a Miriam , D^a Apolonia y D^a Encarna , por la Letrado D^a Elia Pérez Hernández, actuando en nombre y representación de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras (C.C.O.O.) de Euskadi, y por la Letrado D^a Estibaliz Cantero Martínez, actuando en nombre y representación de la Confederación Euskal Langileen Alkartasuna (E.L.A.) frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social de Justicia del País Vasco con fecha 15 de septiembre de 2015, autos 13/2015 y (acumulados a los anteriores, los autos 14/2015, mediante Auto dictado el 29 de junio de 2015 por el la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco), dictada en virtud de demandas formuladas por los miembros el Comité de Empresa por el sindicato Esker Sindikalaren Konbergentzia-Esk: D^a Francisca , D^a Miriam , D^a Apolonia y D^a Encarna , así como el propio Esker Sindikalaren Konbergentzia-Esk, frente a Eusko Irratia S.A., Sindicato ELA, Sindicato LAB, Comité de Empresa de Eusko Irratia S.A. y Sindicato C.C.O.O., asimismo se formula demanda por la Letrada D^a Estibaliz Cantero Martínez, en nombre y representación de Confederación Sindical ELA frente a Radio Televisión Vasca-Eusko Irrati Telebista (EITB), Eusko Irratia-Radio Difusión Vasca S.A.-Bilbao, Eusko Irratia-Radio Difusión Vasca S.A.-Donostia, Eusko Irratia-Radio Difusión Vasca S.A.-Gasteiz, Radio Vitoria S.A., Esker Sindikalaren Konbergentzia-ESK, (LAB) Langile Abertzaleen Batzordeak, (C.C.O.O.) Confederación Sindical de Comisiones Obreras, (KLB) Komunikabideetako Langileen Batasuna sobre Conflicto Colectivo-Despido Colectivo.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Maria Milagros Calvo Ibarlucea

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de los miembros del Comité de Empresa del sindicato Esker Sindikalaren Konbergentzia-Esk: D^a Francisca , D^a Miriam , D^a Apolonia y D^a Encarna , así como el propio Esker Sindikalaren Konbergentzia-Esk, se planteó demanda de Despido Colectivo, de la que conoció la Sala de lo Social del País Vasco. En el correspondiente escrito, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho, terminaba suplicando se dictara sentencia por la que: «Previo declaración de NULIDAD del despido colectivo efectuado en la persona de 24 trabajadores y trabajadoras de la demandada, se condene a ésta a estar y pasar por tal declaración, así como a reintegrar a dichas personas en sus puestos de trabajo en idénticas condiciones a las que ostentaban antes de la citada medida extintiva.



Con carácter subsidiario y para el caso de no ser apreciada la nulidad que se plantea como petición principal, suplican la declaración como NO AJUSTADO A DERECHO el despido colectivo que se impugna, con las consecuencias legales inherentes a dicha declaración.».

Asimismo se formula demanda por la Letrada D^a Estíbaliz Cantero Martínez, en nombre y representación de Confederación Sindical ELA, en el correspondiente escrito, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho, terminaba suplicando se dictara sentencia por la que: «Estimando la demanda se declare que la decisión extintiva sea considerada NULA o subsidiariamente NO AJUSTADA A DERECHO con las consecuencias inherentes de tales declaraciones ex artículo 124.11 de la L.R.J.S ., y se condene a las codemandadas, a estar y pasar por tal declaración y a hacerse cargo de las resultas derivadas de tal declaración, sin perjuicio de lo que se fije en conclusiones definitivas.».

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio, en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la misma, oponiéndose las demandadas, según consta en acta. Recibido el pleito a prueba, se practicaron las propuestas y declaradas pertinentes.

TERCERO. - Con fecha 15 de septiembre de 2015 la Sala de lo Social del País Vasco, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «Que desestimamos las demandas interpuestas por los Sindicatos ESK y ELA frente a RADIO TELEVISIÓN VASCA-EUSKAL IRRATI TELEBISTA (EITB), EUSKO IRRATIA, SA y Radio Vitoria, declarando la falta de legitimación pasiva de EITB y desestimando en cuanto al fondo las demandas presentadas, declaramos la procedencia del despido colectivo.».

CUARTO. - En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: «PRIMERO.- Con fecha 5 de mayo de 2015 la mercantil Eusko Irratia Radiodifusión Vasca, S.A. remitió escrito a la representación legal de los trabajadores comunicando la extinción del contrato de inicialmente 30 trabajadores que finalmente se vieron reducidos a 24 trabajadores, tras haber finalizado el día 22 de abril de 2015 el preceptivo período de consultas sin acuerdo. Se da por reproducido el contenido del escrito, de la documentación adjunta, habiéndose desarrollado las negociaciones en los términos que resultan de las actas de las reuniones celebradas que constan en autos. SEGUNDO.- El 29 de abril de 2014 el Consejo de Administración de EITB adoptó el acuerdo de realizar una convocatoria pública de empleo para Eusko Irratia, SA con el fin de cubrir de forma definitiva 49 plazas fijas y amortizar 30 puestos de trabajo en el marco del proceso de regularización de los trabajadores indefinidos no fijos. TERCERO.- En fecha 6 de julio de 2015 se presentó por la Abogacía del Estado demanda frente a Euskal Irrati Telebista y contra Eusko Irratia, SA solicitando la nulidad de la convocatoria pública de empleo de EITB de 29 de abril de 2014 para cubrir 49 plazas fijas de plantilla de Eusko Irratia, SA. CUARTO.- Eusko Irratia, SA es una sociedad pública de Derecho privado que pertenece al grupo mercantil EITB, creado por la Ley 5/1982, de 20 de mayo. Las empresas del grupo presentan cuentas anuales consolidadas pero cada sociedad tiene sus propias cuentas anuales y su informe de auditoría individual así como su propio personal, su Convenio Colectivo de aplicación y su actividad diferenciada. QUINTO. - En Eusko Irratia y Radio Vitoria existe déficit presupuestario durante el año 2014 y previsión del año 2015. Las pérdidas netas de amortizaciones de las sociedades de radio ascienden a 1.293.538 euros en el ejercicio 2014 y en un déficit posible en el año 2015 que se sitúa entre 1.074.770 euros y 1.509.369 euros, según el informe técnico de Deloitte que se da por reproducido. Existe un descenso continuado de los ingresos de explotación de Eusko Irratia y Radio Vitoria desde el primer trimestre de 2014 con respecto a los trimestres correspondientes del año anterior. Eusko Irratia ha cerrado el ejercicio 2014 con pérdidas de 1.517.288 euros encontrándose la empresa en causa de disolución. Radio Vitoria ha cerrado el ejercicio 2014 con unas pérdidas de 91.535 euros. En el período 2011-2014 en el grupo EITB las subvenciones de capital han descendido un 50% y las subvenciones de explotación un 21,33% (punto 4.2 del Informe de Deloitte). Por otra parte, a fecha 31 de diciembre de 2014 la cifra de patrimonio neto está por debajo de la mitad del capital social SEXTO.- La reorganización del servicio propuesta por la empresa es la que se refleja en el informe del Sr. Rogelio y se efectúa para poder atenderlo con la menor plantilla resultante del despido colectivo litigioso.».

QUINTO.- Contra dicha sentencia se interpusieron recursos de casación:

Por el Letrado D. Alberto Angoitia López, actuando en nombre y representación del sindicato Esker Sindikalaren Konbergentzia-ESK, así como de los miembros del Comité de Empresa de Eusko Irratia S.A., D^a Francisca , D^a Miriam , D^a Apolonia y D^a Encarna basándose en los siguientes motivos:

Primero.- Al amparo del artículo 207 c) de la L.R.J.S . se denuncia el quebrantamiento de las normas esenciales del procedimiento con indefensión al no haber apreciado la sentencia la existencia de litispendencia (art. 86.4 de la L.R.J.S . y 222.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Segundo.- Al amparo del art. 207 d) LRJS se solicita la adición de un nuevo hecho, al que le correspondería el ordinal "séptimo" para que conste que a la fecha de comunicación por El a los RLT de su intención de iniciar el



PDC (16.1.2015), el número de trabajadores indefinidos no fijos ascendía a 93, como consecuencia de la labor de la Inspección de Trabajo mediante requerimientos de 25.5.2010, 10.02.2011 y 13.06.2014.

Tercero.- Al amparo del art. 207 e) LRJS se denuncia la infracción del art. 14 CE y 55.5 ET en relación con el art. 103 CE y arts. 2 y 55 EBEP .

Cuarto.- Al amparo del art. 207 e) LRJS se denuncia la infracción del art. 24.1 CE , 124.11 LRJS y 55.5 ET .

Quinto.- Al amparo del art. 207 e) LRJS se denuncia la infracción del art. 14 CE , 55.5 ET , 124.11 LRJS y 4.2 c), 15.6 y 17 ET y art. 41 del RD 1483/2012 .

Sexto.- Al amparo del art. 207 e) LRJS se denuncia la infracción del art. 14 CE , 55.5 ET , 124.11 LRJS y 4.2 c), 15.6 y 17 ET .

Séptimo.- Al amparo del art. 207 e) LRJS se denuncia la infracción del art. 51.1 y DA 20ª ET y 1.2 RD 1483/2012 .

Por la Letrada Dª Elia Pérez Hernández, actuando en nombre y representación de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras (C.C.O.O.) de Euskadi, basándose en los siguientes motivos:

Primero.- Al amparo del art. 207 d) LRJS se solicita se de una nueva redacción al Hecho Probado Quinto con el siguiente contenido: «En Eusko Irratia y Radio Vitoria, no existe insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente, a la vista de que nada se ha acreditado por la Empresa y obran informes contradictorios. Según el Tribunal Vasco de Cuentas, el número de personal directivo había aumentado considerablemente en el 2013, lo que constituye indicio suficiente para descartar la persistencia de la insuficiencia presupuestaria.».

Segundo.- Al amparo del art. 207 e) LRJS se plantean submotivos: a) infracción del art. 51.2 ET , 124.11 LRJS y R.D. 1483/2012; y b) infracción del art. 51.1 y D. 20' ET y 1.: PD 1483/2012.

Por la Letrada Dª Estíbaliz Cantero Martínez, actuando en nombre y representación de la Confederación Euskal Langileen Alkartasuna (E.L.A.), basándose en los siguientes motivos:

Primero.- Al amparo del art. 207 d) LRJS se solicita: a) alterar el orden de los hechos probados primero y segundo, y b) ampliar el hecho probado segundo (que debería ser el primero) de la siguiente forma: «Previamente, la empresa encargó un informe que se realizó el 9.4.2014 en el que se analizan las vías para llevar a cabo dicha regularización, respondiendo así a una previa valoración y planteamiento por parte de la Dirección.

La propuesta de la dirección llevada al Consejo de Administración del 29.4.2014 se acompañó un cronograma para las amortizaciones y una memoria justificativa.».

Segundo.- Al amparo del artículo 207 d) de la L.J .S., al objeto de interesar la revisión de los hechos declarados probados al existir error en la apreciación de la prueba basados en documentos que obren en autos que demuestran la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios, tal y como previene dicho precepto.

Tercero.- Al amparo del art. 207 d) LRJS se interesa la modificación del hecho probado quinto dándole una nueva y completa redacción para que conste que la situación económica financiera del Grupo EITB era excelente y las previsiones de futuro positivas.

Cuarto.- Al amparo del art. 207 e) LRJS se denuncia la infracción del art. 124.11 LRJS en relación con el art. 51.2 ET y art. 7 del R.D. 1483/2012 , y el art. 13.1 b) del Convenio de la OIT nº 158.

Quinto.- Al amparo del artículo 207 e) de la L.R.J.S . se denuncia la infracción del artículo 14 de la Constitución Española .

MOTIVOS ADICIONALES DE EI y EITB

Ambos recurridos formalizan lo que denominan un motivo adicional de fundamentación de la sentencia para acreditar, en contra de lo resuelto en la sentencia, que también existían causas organizativas justificativas del despido.

SEXTO.- Por providencia de ésta Sala se procedió a admitir a trámite el citado recurso y evacuado el trámite de impugnación, se emitió el preceptivo informe del Ministerio Fiscal en el sentido de desestimar los recursos, se declararon conclusos los autos, y dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, procede su debate por la Sala en Pleno, señalándose para la votación y fallo el día 19 de Octubre de 2016, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- Por la representación de los miembros del Comité de Empresa del sindicato Esker Sindikalaren Konbergentzia-Esk: D^a Francisca , D^a Miriam , D^a Apolonia y D^a Encarna , así como el propio Esker Sindikalaren Konbergentzia-Esk y por la Letrada D^a Estíbaliz Cantero Martínez, en nombre y representación de Confederación Euskal Langileen Alkartasuna (E.L.A.), fueron interpuestas demandas por Despido Colectivo, frente a Eusko Irratia, S.A. y frente a RADIO TELEVISIÓN VASCA-EUSKAL IRRATI TELEBISTA (EITB), EUSKO IRRATIA-RADIODIFUSIÓN VASCA S.A., BILBAO, EUSKO IRRATIA-RADIOFIFUSIÓN VASCA S.A., DONOSTIA, EUSKO IRRATIA-RADIOFIFUSIÓN VASCA S.A., GASTEIZ, RADIO VITORIA-S.A., ESK (Esker Sindikalaren Konbergentzia-Esk), LAB, C.C.O.O., KLB.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco dictada el 15 de septiembre de 2015 desestimó la demanda formulada y frente su decisión recurren en casación el Letrado D. Alberto Angoitia López, actuando en nombre y representación del sindicato Esker Sindikalaren Konbergentzia-ESK, así como de los miembros del Comité de Empresa de Eusko Irratia S.A., D^a Francisca , D^a Miriam , D^a Apolonia y D^a Encarna , por la Letrado D^a Elia Pérez Hernández, actuando en nombre y representación de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras (C.C.O.O.) de Euskadi, y por la Letrado D^a Estíbaliz Cantero Martínez, actuando en nombre y representación de la Confederación Euskal Langileen Alkartasuna (E.L.A.).

SEGUNDO.- Por orden de presentación de escritos el primer recurso interpuesto es el que procede del Sindicato Ezker Sindicaleren Konbergentzia (ESK) que aparece estructurado a través de siete motivos.

El primer motivo, al amparo del artículo 207-c) de la LRJS tiene por objeto la declaración de nulidad de actuaciones que vendría originada en el quebrantamiento de normas esenciales del procedimiento causante de indefensión al no haber apreciado la sentencia recurrida la excepción de litispendencia, con base en los artículos 86.4 y 222.4 de la ley de Enjuiciamiento Civil (LEC).

La excepción de la recurrente se vincula a la impugnación que la Abogacía del Estado hizo de la convocatoria de 49 plazas por el Consejo de Administración de Eusko Irratia S.A (E I) hallándose en tramitación la demanda interpuesta al efecto.

Justifica el recurrente su pretensión en que habiendo sido criterio de selección de los afectados por el despido colectivo la puntuación obtenida en dicha convocatoria debería estarse al resultado de su impugnación en lugar de partir de dicha puntuación con la finalidad reseñada, sin atender al resultado de la impugnación.

Es preciso por lo tanto examinar en que medida el resultado de la demanda que se sigue ante el Juzgado de lo Social N^o 1 de los de Bilbao condiciona lo que pueda ser resuelto en la presente Litis.

El pleito al que se refiere la parte recurrente consiste en una impugnación de convocatoria pública de empleo en el que es parte actora la Abogacía del Estado con base, según su demanda, en la nulidad de la convocatoria por no ajustarse a la Disposición Adicional 20^a de la Ley 22/2013 de Presupuestos Generales del Estado para 2014.

Las presentes actuaciones dimanar de un despido colectivo que afecta a los trabajadores de E.I.S.A., figurando ésta como demandada y los sindicatos como demandantes.

Las partes no solicitaron en ningún momento la suspensión del procedimiento y en cuanto la situación de Litis pendencia como se advierte por la configuración de ambos litigios ni existe una triple coincidencia entre los elementos que los estructuran ni existe riesgo de dividir la continencia de la causa. La resolución que pueda recaer en la demanda de impugnación resolverá acerca de si es o no viable una convocatoria de empleo público siendo indiferente la puntuación alcanzada por los partícipes en la baremación en el caso de que la demanda prosperara ya que ninguna finalidad práctica se seguiría y las puntuaciones permanecerían como parte de las actuaciones llevadas a cabo aun cuando no beneficien ni perjudiquen en una convocatoria ineficaz.. En el caso de no prosperar, el acceso al empleo se produciría con arreglo a la puntuación obtenida que, como cuestión concreta, no es materia de impugnación en la reclamación incoada por la Abogacía del Estado. En conclusión, no coinciden las posiciones de las partes. En un litigio son demandante y demandado respectivamente la Abogacía del Estado, ostentado la representación del interés público frente a EUSKAL IRRATI TELEBISTA (EITB) y EUSKAL IRRATIA, S.A. y en otro los sindicatos antes referidos frente a las ahora demandadas . En cuanto al objeto como ya se ha visto es dispar y la causa de pedir lógicamente difiere, diversas normas aplicables en el ámbito laboral tanto de legalidad ordinaria como de rango constitucional y así como un Tratado Internacional, el convenio 158 de la OIT en la reclamación origen de estas actuaciones en tanto que en la impugnación de la convocatoria de empleo público la norma que se invoca en apoyo de la pretensión es la Disposición Adicional 20 del Estatuto de los Trabajadores .

Afirma la parte recurrente que del resultado de la convocatoria depende la extinción de algunos de los contratos de suerte que sin convocatoria desaparece el criterio de selección. Lo cierto es que el criterio de selección , puntuación alcanzada , es de orden objetivo y una vez establecida puede operar con independencia del destino



final de la convocatoria en función de lo que se decida atendiendo a las imposiciones presupuestarias que la Abogacía del Estado quiere hacer valer en la demanda que ha interpuesto.

A propósito de las razones expuestas es de reiterar la doctrina que la S.T.S. de 17 de abril de 2007 (R.C.U.D. 722/2006) resumen en su fundamento de Derecho segundo: «SEGUNDO.- La doctrina jurisprudencial se encuentra consolidada en numerosas sentencias, entre las que pueden citarse las de 14 y 24 de marzo de 1995 , 25 de abril de 1995 , 9 de febrero de 1996 , 20 de mayo de 1999 , 21 de diciembre de 2000 , 17 de septiembre de 2002 y 23 de marzo de 2004 (recursos 1797 , 1514 , 1517 y 1796/94 , 3874/98 , 27/00 , 1180/01 y 3896/02). En estas sentencias se establece, como sintetiza la de 20 de mayo de 1999 , y se recoge en las más recientes de 23 de marzo de 2004, R. 3896/02 , y 30 de septiembre de 2005, R. 1992/04 , que "en nuestro Derecho procesal la litispendencia es una excepción que tiende a impedir la simultánea tramitación de dos procesos con el mismo contenido, siendo una institución preventiva y tutelar de la cosa juzgada, por lo que requiere las mismas identidades que ésta, identidades que han de ser subjetiva, objetiva y causal, por lo que no basta para la identidad total con que entre ambos procesos exista una mera conexión o identidad de alguno de estos elementos (pero no de todos), pues esto último a lo único que puede dar lugar es a la posibilidad de acumulación de ambos procesos a instancia de parte legítima, constituyendo una hipótesis distinta a la de litispendencia.».

Por las consideraciones expuestas el motivo deberá ser desestimado.

TERCERO.- En el segundo motivo, al amparo del artículo 207 d) de la LRJS se solicita la adición de un nuevo ordinal que figuraría como "séptimo" al objeto de hacer constar que en la fecha de comunicación por E I a los representantes legales de los trabajadores de su propósito de iniciar el proceso de despido colectivo el número de trabajadores indefinidos no fijos ascendía a 93, como consecuencia de la labor de la Inspección de Trabajo mediante requerimientos de 25 de mayo de 2010, 10 de febrero de 2011 y 13 de junio de 2014.

Dado que la relación de trabajadores, incluyendo 93, aparece en la Memoria y que la sentencia en el hecho declarado probado da por reproducida la documentación adjunta a la comunicación dirigida a los trabajadores el hecho debe ser tenido por conforme resultando innecesaria la adición propuesta.

CUARTO.- En su tercer motivo de recurso, al amparo del apartado e) del artículo 207 de la L.R.J.S . se alega la infracción del artículo 14 de la Constitución Española y 55.5 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el artículo 103 de la Constitución Española y artículos 2 y 55 del Estatuto Básico del Empleado Público, EBEP .

La finalidad del motivo es la de impugnar los ceses en los que se parte de la condición de trabajadores indefinidos no fijos de los afectados por considerar que esta figura jurídica no tiene cabida en una empresa como la demandada calificada de empresa pública que adopta la forma de sociedad mercantil.

En su apoyo cita la S.T.S. de 18 de septiembre de 2014, (R.C.U.D. 2323/2013) .

La respuesta dada en la sentencia que se recurre sobre este particular es la de admitir en principio la diferencia entre Administración Pública en sentido estricto y las empresas mercantiles de capital público, con cita de las S.S.T.S. de 19 de enero y 3 de abril de 2009 (R. 1066/2007 y 777/207) y de 10 de junio y 8 de julio de 2009 (R. 1416/2008 y 722/2008).

Concluye su razonamiento con la invocación de la norma rectora de EUSKO IRRATIA, L. 5/1982 de 20 de mayo y en particular su artículo 47.1 que establece en su párrafo segundo, a propósito de la relación de personal, sujeto al Derecho laboral que «la selección de personal para el Ente y sus Sociedades se hará mediante convocatoria pública y de acuerdo, con sistemas basados en los principios de mérito y capacidad.».

Unida esta previsión a la que se contiene en la Disposición Adicional 1ª de la L. 7/2007 de 12 de Abril por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público conforme al cual «los principios contenidos en los artículos 52, 53, 54, 55, y 59 serán de aplicación en las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidos en el artículo 2 del presente Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica.», llega a la conclusión favorable a la acogida de la figura del personal laboral indefinido no fijo en el marco de la empresa pública.

La demandada no posee el carácter de Administración Pública en sentido estricto al no estar incluida entre las categorías descritas en el artículo 2 del R.D.L. 5/2015 de 30 de octubre , EBEP, que son las siguientes:

- a) La Administración General del Estado.
- b) Las Administraciones de las comunidades autónomas y de las ciudades de Ceuta y Melilla.
- c) Las Administraciones de las entidades locales.



d) Los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas.

e) Las Universidades Públicas.

Es precisamente su exclusión de los apartados citados lo que la lleva al ámbito externo al que se refiere la Disposición Adicional Primera el EBEP, siempre en relación con lo definido en su normativa específica, en este caso la referida L. 5/1982 de 20 de mayo que en el artículo 47.1 establecía la selección de su personal mediante convocatoria pública y de acuerdo con sistemas basados en los principios de mérito y capacidad. A su vez, el artículo 3º de la Ley de Contratos del Sector Público (R.D.L. 3/2011 de 14 de noviembre) que la recurrente cita en el siguiente motivo, incluye en el ámbito del sector público, en su apartado 1.d) las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a) a f) del presente apartado sea superior al 50%, aspecto este que no ha sido discutido en ningún momento.

La cita formulada por el recurso a propósito de la S.T.S. de 18-9-2014 (R.C.U.D. 2323/2013) deberá ser puesta en relación con una precisión que en dicha resolución se contiene. Así en el fundamento de Derecho cuarto se destaca que «no consta en ninguna parte que los actores fueran indefinidos no fijos», y en el fundamento de Derecho tercero se concreta que no se contiene previsión alguna en la norma reguladora de la subrogación de AENA Aeropuertos Españoles, S.A.. En contraste con la descripción que aporta la sentencia invocada, no se discute que los afectados en las presentes actuaciones ostentan la condición de indefinidos no fijos reconocida en diversas sentencias, y de otra parte la L. 5/1982 de 20 de mayo establece como fórmula de acceso «convocatoria pública y de acuerdo, con sistemas basados en los principios de mérito y capacidad».

En virtud de lo razonado no cabe predicar una actitud arbitraria que estaría basada en la creación de una categoría de trabajadores jurídicamente inexistente en el ámbito en el que el despido se produce, a juicio de la recurrente. En modo alguno es ajena a la jurisprudencia la figura que es objeto de controversia en lo que atañe a su existencia en el seno de las empresas públicas, así cabe citar a título de ejemplo, la S.T.S. de 14 de mayo de 2009 (R.C.U.D. 1206/2008) cuyo fundamento de Derecho quinto es del tenor literal siguiente: «QUINTO.- Igual suerte adversa debe correr el recurso de los trabajadores. En el primer motivo reiteran éstos la petición desestimada en grados jurisdiccionales anteriores, de que su contrato de trabajo con "TVG S.A." sea calificado como relación laboral de carácter fijo y no indefinido. Y denuncian como infringidos los artículos 15 y 43 ET, aportando como sentencia de contraste la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 15 de octubre de 2003 (rec. 4623/03) que si bien puede considerarse contradictoria con la recurrida, dada la similitud subjetiva y objetiva de los supuestos resueltos por ambas, no por ello otorga viabilidad al motivo.

Y es que éste debe ser desestimado por falta de contenido casacional, al coincidir la doctrina en que se apoya la sentencia recurrida con la jurisprudencia de esta Sala sobre la cuestión controvertida. De acuerdo con ella, en los casos de cesión ilegal donde aparece implicada una Administración Pública (o una empresa pública sujeta al régimen de contratación laboral propio de las Administraciones Públicas) la declaración judicial que corresponde en aplicación del art. 43.4 ET es que el trabajador está vinculado a la entidad empleadora por contrato indefinido y no la de trabajador fijo (ss. de 17-9-02, rcud. 3047/01 y de 19-11-02, rcud 909/02 entre otras).

En el supuesto enjuiciado, TVG S.A. es, como es notorio, una empresa propiedad de una Administración Pública, en la que la contratación del personal ha de estar sometida a los principios de igualdad, publicidad y mérito. De ahí que la atribución de fijeza a sus empleados, incluidos los que adquieren tal condición por la vía del art. 43.4 ET, requiera la superación de un concurso de méritos. En particular, la aplicación a las empresas públicas de la selección del personal laboral por concurso de méritos se contiene entre otras muchas en las sentencias de 21-5-08 (rcud. 4607/06), para Correos y Telégrafos, y de 12-5-08 (rcud. 1956/07), para el Ente Público RTVE.».

Con arreglo a cuanto se ha razonado, no se advierte infracción por lo resuelto en cuanto a la decisión de calificar a Eusko Irratia S.A. como parte del sector público y las consecuencias que de ello derivan entre otras, la existencia de personal sujeto al Derecho laboral cuya relación con la empleadora merezca la calificación de indefinida no fija.

QUINTO.- En su cuarto motivo de recurso, al amparo del artículo 207 e) de la LRJS el recurso denuncia la infracción de los artículos 24 de la Constitución Española, y 124 de la LRJS.

En este motivo, el recurrente, partiendo del supuesto de la desestimación del motivo precedente y del mantenimiento de la posibilidad de calificar como indefinida no fija la relación que une a los afectados con la empleadora, plantea una segunda cuestión, la relativa a la vulneración de la garantía de indemnidad aduciendo que de no haber sido por las reclamaciones entabladas los trabajadores no se habrían visto inmersos en el proceso extintivo. Acude para ello a las razones esgrimidas en el voto particular en relación al cauce por el que fue reconocido el carácter de indefinido no fijo y la posibilidad de vulneración de la garantía de indemnidad,



habida cuenta de que dicho reconocimiento tuvo lugar a través de resoluciones de la jurisdicción social o bien a virtud de la actuación inspectora.

Como resalta el Ministerio Fiscal en su informe, no fue dicha vulneración una de las causas esgrimidas en la demanda por lo que su planteamiento asume el carácter de cuestión nueva, y así lo hace constar el tercero de los fundamentos del voto particular siendo cierto que la causa de pedir se altera de manera sustancial al invocar como causa de nulidad del despido una vulneración de derechos fundamentales que no es la contemplada en el artículo 14 de la Constitución, objeto de cita por la demanda sino en su artículo 24.

SEXTO.- En el quinto motivo, también al amparo del artículo 207-e) de la LRJS se denuncia la Disposición Adicional Vigésima el Estatuto de los Trabajadores en relación con artículo 14 de la Constitución Española, artículos 55.5 E.T., 124 de la L.R.J.S. y 4.2-c), 15.6 y 17 del Estatuto de los Trabajadores y artículo 41 del R.D. 1483/2012 de 29 de octubre.

En esencia el motivo tiene como base la afectación de los trabajadores indefinidos no fijos dada su específica condición, por el despido colectivo y ello para el caso de que el motivo tercero no prosperara.

La sentencia dio respuesta en el cuarto de sus fundamentos de Derecho haciendo referencia no solo a la doctrina consolidada acerca de división entre las partes de la aportación de indicios y carga de la prueba sino también a lo resuelto en la S.T.S. de 23 de mayo de 2014 (R. 179/2013) acerca del despido objetivo en el que se prescindía de los trabajadores indefinidos no fijos, parte de cuya fundamentación se reproduce a continuación: «es cierto que tanto la jurisprudencia constitucional - por todas la STC 104/2004 de 28 de junio y las que en ella se citan - como el artículo 17 del ET exigen un trato igual y no diferenciado entre trabajadores fijos y temporales que alcanzaría también a los indefinidos no fijos en cuanto se trate de derechos laborales durante la vigencia de lo relación laboral, pero esa garantía de igualdad de trato no puede extenderse al momento de la extinción, como efectivamente no lo es en ninguno de aquellos casos como puede apreciarse en la reiterada doctrina de esta Sala en relación con esta categoría concreta de trabajadores como puede apreciarse en sentencias del Pleno de esta Sala de 22-7-2013 (rec.- 1380/2012) o la de 16-12-2013 (rec.- 3270/2012) con cita de otras anteriores en el mismo sentido en las que se admite la extinción de estos contratos por la mera amortización de los puestos de trabajo por ellos ocupados en decisión que en modo alguno puede ser de aplicación a los trabajadores fijos. Siendo por ello por lo que el propio legislador ha previsto en el apartado tercero de la Disposición Adicional vigésima del ET que "en caso de despido colectivo en una administración pública" tendrá prioridad de permanencia el personal laboral fijo que hubiera adquirido dicha condición de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad a través de un procedimiento selectivo de acceso convocado al efecto...».

El recurso, al invocar la Disposición Adicional vigésima del E.T. afirma su vulneración al dispensar a los indefinidos no fijos de El, suponiendo su pertenencia al sector público, un trato desventajoso que solo estaría previsto para el ámbito de las Administraciones Públicas en sentido estricto.

La sentencia recurrida recuerda a propósito de Eusko Irratia el artículo 47.1 de la L. 5/1982 de 20 de mayo donde se prevé que «la selección de personal para el Ente y sus Sociedades se hará mediante convocatoria pública y de acuerdo con sistemas basados en los principios de mérito y capacidad», norma que deberá ser puesta en relación con la Disposición Adicional Primera de la L. 7/2007 de 12 de abril por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público, EBEP al establecer que «los principios contenidos en los artículos 52, 53, 54, 55 y 59 serán de aplicación en las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el artículo 2 del presente Estatuto y que están definidas así en su normativa específica.».

En consecuencia, establecidas las características de acceso en la normativa específica de Eusko Irratia, desde su condición de entidad perteneciente al sector público, recibe sobre sí el conjunto normativo del EBEP que es propio de las Administraciones Públicas en sentido estricto.

Por otra parte cabe abundar en el hecho de que la Disposición Adicional vigésima del Estatuto de los Trabajadores ha venido a establecer en fecha relativamente reciente L. 3/2012 de 6 de julio una previsión que no deja lugar a dudas sobre algo que en su ausencia había sido objeto de doctrina constitucional y casacional, refiriéndonos con ello a la diferencia que yace en la distinta naturaleza del vínculo contractual, a efectos de su extinción, cuestión que difiere del trato desigual en las condiciones de trabajo y así se ha entendido en las resoluciones que el Ministerio Fiscal cita en su informe, S.T.S. 31-3-2015 (R. 102/2014), ATC 1178/2011 de 14 de diciembre de 2011.

Por último y dado que se alega la vulneración del principio de igualdad sin designar aspectos que definan ambas relaciones fija e indefinida no fija hasta el punto de hacerlas homogéneas, no se estaría desarrollando formalmente el motivo en forma adecuada, lo que bastaría para su desestimación. No obstante, la abundancia de razones de fondo permiten no detenerse en un rechazo formal del motivo y concluir con su desestimación



por las razones anteriormente expuestas y por resultar evidente la disparidad de origen en el acceso al puesto de trabajo que si bien no puede motivar diferencia de trato mientras la relación subsiste, es evidente su trascendencia y justificación a la hora de extinguir el vínculo

SÉPTIMO.- En el motivo sexto, la denuncia de normas infringidas viene referida al artículo 14 de la C .E., 124.11 de la LRJS , 4.2.c), 15.6 y 17 del Estatuto de los Trabajadores .

Se trata nuevamente de alegar una vulneración del principio de igualdad pero esta vez basada, según el recurso, en la existencia de dos grupos de trabajadores indefinidos no fijos. Señala la recurrente que el expediente de despido colectivo se inicia teniendo en cuenta a 79 trabajadores incluidos en dicha calificación, obviando que en realidad el número era de 93 por lo que los catorce trabajadores no afectados habrían recibido un trato de favor.

La primera cuestión que se suscita es que el planteamiento del motivo refiere dos cifras en abstracto pero no incluye cita o precisión alguna acerca de quienes son unos y otros sujetos y sus características de antigüedad, salario, puesto ocupado, categoría, puntuación en la convocatoria, en fin elementos que permitan establecer una base para decidir que, efectivamente, unos tenían prioridad de permanencia sobre otros pues aunque no es ésta la perspectiva desde la que el motivo se plantea, sería la única subyacente que podría justificar el abordaje del principio de igualdad ya que el número en abstracto nada nos dice al no estar en presencia de un debate sobre los umbrales del despido colectivo.

Es impensable por otra parte como justificación del motivo, que la recurrente esté disconforme con el hecho de que no se haya despedido a catorce trabajadores más, lo que rechazamos de principio por falta de lógica, en busca de una explicación más acorde con una finalidad práctica.

La realidad es que el motivo nace de una forma artificiosa, por el procedimiento de sumar el número de plazas de la convocatoria de regularización, 49, al de las plazas objeto de amortización, 30. El resultado es efectivamente de 79, no de 93 pero eso tan solo significa que no existía propósito de amortizar la totalidad en el expediente impugnado, figurando en cambio la lista de la totalidad de indefinidos no fijos en la documentación aparecida.

La empleadora ha puesto de manifiesto su voluntad de amortizar plazas, pero no cabe exigirle que amortice todas las existentes o que lo haga en el expediente controvertido como tampoco cabe, y a ello nos referiremos más adelante, ni impedirle que reduzca el alcance de la amortización durante el período de consultas.

Por lo expuesto, procede la desestimación del motivo.

OCTAVO.- En el motivo séptimo se denuncia la infracción del artículo 51.1 del R.D. 1483/2012 de 29 de octubre .

El motivo sostiene que la causa alegada carece de actualidad, aduciendo que en marzo de 2015 momento de la entrega de la Memoria Explicativa a los trabajadores la realidad puesta de manifiesto es la existente en Abril de 2014 momento en que el Consejo de Administración de E I adoptó la decisión de amortizar plazas.

Nuevamente destaca que pese al tiempo transcurrido no se altera la decisión de amortizar 30 plazas pese a contar con datos de 93 trabajadores, prescindiendo de que en el motivo anterior sugiere que la cifra de 93 no ha sido tenida en cuenta.

Sostiene el recurso que el conocimiento de un mayor número de trabajadores debería haber influido sobre las causas y las resoluciones propuestas.

Curiosamente, sin embargo, la «novedad» a la que alude el recuso, de traducirse en algo sería en un agravamiento de la situación de la empresa al «descubrir» un mayor número de cargas.

La existencia de esos catorce trabajadores tanto si es sorpresiva como sino lo es, no resta actualidad a las causas alegadas para la amortización, y de hacerlo sería en sentido favorable a la justificación de la medida, lo que realmente concuerda con los argumentos de la recurrente. Pero no es esa necesariamente la opción como se ha visto en el expediente. Las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2012 (R.R.C.U.D. 578 y 596 de 2012) analizan la exigencia de actualidad de la causa, y no se aprecia contradicción en lo resuelto ni siquiera en los argumentos de la recurrente que no combate la actualidad de la causa desde la vertiente de los datos en los que se apoya la deficiencia de índole económica sino desde la supuesta oposición sorpresiva de un número de trabajadores.

NOVENO.- En el recurso de Comisiones Obreras integrado por dos motivos se solicita una nueva redacción para el ordinal quinto cuyo tenor literal sería el siguiente: «En Eusko Irratia y Radio Vitoria, no existe insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente, a la vista de que nada se ha acreditado por la Empresa y obran informes contradictorios. Según el Tribunal Vasco de Cuentas, el número de personal directivo había



aumentado considerablemente en el 2013, lo que constituye indicio suficiente para descartar la persistencia de la insuficiencia presupuestaria.».

No cabe acceder a lo solicitado por dos razones, en primer lugar los medios en los que el motivo se pretende fundar son informes periciales, tanto el realizado por el Tribunal de Cuentas Vasco datado en 2013, como el aportado por perito designado a instancia de E.L.A. lo que resulta ineficaz a la vista de las exigencias del artículo 210-2 b) de la L.R.J.S. En segundo lugar se observa el carácter negativo que reviste la redacción lo que le impide acceder a una declaración de hechos probados que, como su denominación indica tan solo permite dar cabida a los asertos.

DÉCIMO.- El segundo motivo, formulado al amparo el artículo 207-e) de la LRJS se instrumenta a través de dos submotivos a los que la recurrente se refiere «segundo» en ambos casos.

En el primer submotivo y como base para la declaración de nulidad de los despidos se alega infracción del artículo 51.1 . y Disposición Adicional Vigésima del Estatuto de los Trabajadores y artículo 1.2 del R.D. 1483/2012 de 29 de octubre .

Afirma la recurrente que la tramitación del expediente ha sido defectuosa por haber partido de un período de tiempo insuficiente para entender que existe la insuficiencia sobrevenida. Añade que existen defectos en el número y clasificación profesional y falta de desglose por cada centro.

Respecto a la situación económica de la demandada el firme relato histórico nos da noticia en el ordinal quinto de los siguientes datos: «QUINTO. - En Eusko Irratia y Radio Vitoria existe déficit presupuestario durante el año 2014 y previsión del año 2015. Las pérdidas netas de amortizaciones de las sociedades de radio ascienden a 1.293.538 euros en el ejercicio 2014 y en un déficit posible en el año 2015 que se sitúa entre 1.074.770 euros y 1.509.369 euros, según el informe técnico de Deloitte que se da por reproducido. Existe un descenso continuado de los ingresos de explotación de Eusko Irratia y Radio Vitoria desde el primer trimestre de 2014 con respecto a los trimestres correspondientes del año anterior. Eusko Irratia ha cerrado el ejercicio 2014 con pérdidas de 1.517.288 euros encontrándose la empresa en causa de disolución. Radio Vitoria ha cerrado el ejercicio 2014 con unas pérdidas de 91.535 euros. En el período 2011-2014 en el grupo EITB las subvenciones de capital han descendido un 50% y las subvenciones de explotación un 21,33% (punto 4.2 del Informe de Deloitte). Por otra parte, a fecha 31 de diciembre de 2014 la cifra de patrimonio neto está por debajo de la mitad del capital social.».

La sentencia recurrida ha razonado en cuanto a la causa económica que: «Entrando ya en el análisis de la causa económica consta que en Eusko Irratia y Radio Vitoria existe déficit presupuestario durante el año 2014 y previsión del año 2015, existiendo pérdidas en los dos últimos ejercicios, algo que no ha sido negado por los demandantes. Es ilustrativo al respecto el informe técnico-económico emitido por Deloitte cuyos autores comparecieron al acto del juicio y que explica la existencia de una situación económica negativa en las sociedades de Radio y en el Grupo EITB que se concreta en un déficit (pérdidas netas de amortizaciones) de 1.293.538 euros de las sociedades de radio en el ejercicio 2014 y en un déficit posible en el año 2015 que sitúan entre 1.074.770 euros y 1.509.369 euros. Existe un descenso continuado de los ingresos de explotación de Eusko Irratia y Radio Vitoria desde el primer trimestre de 2014 con respecto a los trimestres correspondientes del año anterior. Eusko Irratia ha cerrado el ejercicio 2014 con pérdidas de 1.517.288 euros encontrándose la empresa en causa de disolución, de ahí que en 2014 ha habido que adoptar medidas de reequilibrio, como disminuir los gastos de aprovisionamiento y explotación, para salir de la causa de disolución por las pérdidas generadas en 2013. Radio Vitoria ha cerrado el ejercicio 2014 con unas pérdidas de 91.535 euros. Tal y como explicaron los expertos, los ingresos de explotación se nutren en un 85% de Subvenciones de explotación, aportaciones públicas y que se contemplan en los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi. El 15% restante es el importe neto de la cifra de negocio que se compone de los ingresos propios de la actividad generados por la venta de publicidad. En el período 2011-2014 en el grupo EITB las subvenciones de capital han descendido un 50% y las subvenciones de explotación un 21,33% (punto 4.2 del Informe de Deloitte). Por otra parte, a fecha 31 de diciembre de 2014 la cifra de patrimonio neto está por debajo de la mitad del capital social por lo que la sociedad está en causa de disolución (artículo 362.1 e) Ley de Sociedades de Capital). Nos remitimos en este punto al detalle contable que aparece reflejado en el citado informe de Deloitte.

Aunque ya hemos indicado que no debe tenerse en cuenta, pues Eusko Irratia, no es Administración Pública, también se estudia en el Informe de Deloitte la suficiencia presupuestaria de las sociedades siendo que las subvenciones de explotación o transferencias recibidas de la Comunidad Autónoma del País Vasco han descendido un 5,46% en Eusko Irratia y un 5,83% en Radio Vitoria. Y el déficit presupuestario es sobrevenido y persistente.

La solución a la grave crisis económica que atraviesan dichas empresas no pasa, como defiende ESK en su demanda, por un aumento de las subvenciones de explotación, que ya hemos visto han disminuido y siendo



que una Administración pública es libre de decidir sus prioridades de gasto sin que pueda ser obligada a dotar ciertos servicios, decisiones que obedecen a criterios políticos que no podemos cuestionar.».

En resumen, es evidente la situación de pérdidas en 2014 y se mantiene la previsión para 2015, hasta el punto de incurrir en causa de disolución.

En cuanto a lo aducido, brevedad del periodo tomado en consideración, la no consideración de la demandada como Administración Pública en sentido estricto impide aplicar en cuanto a la medida del período la concreción de período afectado que se contiene en la Disposición Adicional Vigésima del Estatuto de los Trabajadores y en el apartado 11 del R.D. 1483/2012 de 29 de octubre , pero en el caso de las demandadas se ha extendido al año 2014 completo y al periodo transcurrido de 2015.

En cuanto a los defectos a los que el recurso alude en forma genérica no existe especificación alguna en el relato histórico ni en su forma original ni como resultado de la actividad revisora del Sindicato recurrente.

UNDÉCIMO.- En el segundo submotivo se incluye como alegación de preceptos infringidos la cita de los artículos 51.1 del Estatuto de los Trabajadores y 1.2 del R.D. 1483/2012 de 29 de octubre , así como la Disposición Adicional Vigésima del Estatuto de los Trabajadores , infracción que funda en la falta de prueba de las causas económicas y de producción alegadas, afirmación que contradice la declaración de hechos probados en su ordinal quinto cuyo relato no ha sido eficazmente combatido. Censura también que la información aportada sobre la situación económica se refiere al año 2014 y la parte que corresponde al año 2015, constando en todo caso que su situación es causa para la disolución, por lo que no solo resulta inoperante acudir a la calificación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente, aplicable en los supuestos de entes contemplados en el artículo 3.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público , sino que la realidad del estado económico de la demandada muestra la insuficiencia presupuestaria sin necesidad de acudir a criterios de equivalencia o presunción.

Parte el recurso de la afirmación de que las causas económicas no han sido probadas, apoyándola en una serie de alegaciones que no cuentan con reflejo en el relato histórico, sin que haya prosperado la pretensión modificativa a la que se da respuesta en el noveno fundamento de Derecho de esta resolución.

Nuevamente hemos de remitirnos a cuanto se ha dicho en el fundamento de Derecho décimo al reiterar, acoger y resumir la tesis sostenida en la sentencia objeto de impugnación. En consecuencia el segundo submotivo deberá ser desestimado y con el la totalidad del recurso.

DUODÉCIMO.- El Sindicato E.L.A. formula cinco motivos de los cuales tres se enuncian bajo el amparo del apartado d) del artículo 207 de la LRJS .

En el primer motivo se solicita, además de la alteración del orden de los hechos declarados probados pasando el segundo a ser el primero , la modificación del actual hecho probado segundo.

No forma parte de las posibilidades que otorga el artículo 207 de la LRJS en su apartado d) la alteración del orden de los apartados que configuran el relato histórico por lo que no existe base para acceder a lo pedido. En cuando a la ampliación del ordinal segundo, la recurrente propone el siguiente texto: " *El 29 de abril de 2014 el Consejo de Administración de E I T B adoptó el acuerdo de realizar un convocatoria pública de empleo para Eusko Irratia S.A con el fin de cubrir de forma definitiva 49 plazas fijas y amortizar 30 puestos de trabajo en el marco del proceso de regularización de los trabajadores indefinidos no fijos. Previamente, la empresa encargó el informe que se realizó el 9 de abril de 2014 en el que se analiza las vías legales para llevar a cabo dicha regularización, respondiendo así a una previa valoración y planteamiento por parte de la Dirección.* » .

«La propuesta de la Dirección llevada al Consejo de Administración del 29 de abril de 2014 se acompañó de un cronograma para las amortizaciones y una memoria justificativa.».

El apoyo documental invocado por la recurrente consiste en un informe datado el 9 de abril de 2014 y las Actas del Consejo de Administración .

Dado que en el hecho declarado probado primero se da por reproducido el escrito de iniciación del expediente de despido así como la documentación que lo acompaña y que en ésta se halla comprendida la Memoria Explicativa encabezada por la mención de lo acordado por el Consejo de Administración, el 29 de abril de 2014, fecha y acontecimiento que se reiteran al comienzo del segundo hecho declarado probado, la modificación propuesta ni revela error en la apreciación de la prueba ni aporta elementos de trascendencia para la decisión de la litis por lo que el motivo deberá ser desestimado.

DECIMOTERCERO.- En el motivo segundo se pide la modificación del ordinal primero cuyo tenor literal sería el siguiente: *cursiva «La mercantil Eusko Irratia Radiodifusión Vasca S.A comunica a la representación de los trabajadores en fecha 16 de enero de 2015 el inicio del procedimiento colectivo de extinción de contratos y con*



fecha 17 de marzo de 2015 se inicia el periodo de consultas del ERE de extinción de 30 puestos de trabajo ocupados por indefinidos no fijos.

Con fecha de 5 de mayo de 2014 (sic) y tras finalizar el 22 de abril de 2015 el periodo de consultas sin acuerdo, la empresa comunica la relación nominal de los trabajadores que verán extinguido su contrato de trabajo, que por decisión empresarial pasa a ser de 24 trabajadores, sin que dicha disminución sea fruto de la negociación del periodo de consultas. El número de trabajadores indefinidos no fijos detectados a dicha fecha era de 93.»

Son documentos invocados la decisión final de E I, que ya figura reproducida en dicho ordinal primero y las actas del periodo de consultas que también aparecen reproducidas.

Nuevamente la recurrente insta la incorporación al relato histórico de hechos negativos que ni siquiera revisten la condición de hechos sino que la adición entraña incorporara una valoración del proceso de consultas, razón por la cual dicho extremo deberá ser rechazado.

Los términos «dicha fecha», no concreta el recurrente si vienen referidos a 5 de mayo de 2014 (sic) ó a 22 de abril de 2015, Pero en todo caso resulta irrelevante por cuanto se dirá más adelante pues en la documentación aportada con la memoria figura el listado de trabajadores indefinidos no fijos que se eleva a 93 por lo que el hecho es conforme.

En todo caso es sobre la base del contenido de la decisión y las Actas como la Sala deberá valorar el resultado de la actividad, no existiendo razón para reproducirlos doblemente ni para llevar al relato histórico las conclusiones a las que quepa acceder. Los hechos son los datos obrantes en las Actas el período de consultas y la conclusión de si el resultado final es o no fruto de la negociación, será la valoración jurídica que la conducta empresarial merece a la vista del conjunto de las Actas.

El resto de los datos que integran la redacción según la propuesta figuran ya en los hechos declarados probados Primero y Segundo de la Sentencia.

DECIMOCUARTO.- En el tercer motivo la modificación pedida afecta al hecho quinto con objeto de demostrar que *"la situación económico financiera del Grupo es excelente, siendo E B I T D A del grupo E I T B positivo en todos los años analizados aunque aparezca un resultado de explotación y final negativo debido al exceso de amortización explicada y realizada por al Dirección del Grupo . Patrimonial y financieramente el Grupo está en una situación excelente al supone el Patrimonio Neto a 31 de diciembre de 2014 75,093 millones de euros el 77,9 del Patrimonio neto y pasivo total y por el fondo de maniobra positivo de 12,949 millones de euros a 31 de diciembre de 2014 y que si pagará (sic) todas las deudas a corto y largo plazo el Grupo E I T B tendría u sobrante total final de 12, 791 millones de euros, destacando que no existe deuda bancaria a esa fecha . En el año 2014 el Grupo E I T B ha sido capaz de generar 7,230 millones de euros por su actividad f de explotación dando la vuelta total mente a la situación del año 2012 generando 14,100 millones de euros desde ese año y los ingresos por publicidad se han incrementado en el año 2014 con respecto al año 2013 siendo las previsiones de futuro positivas para los próximos años con respecto a los ingresos de publicidad.»*

Como elemento probatorio de apoyo se cita el informe de un perito que, de conformidad con el apartado b) del artículo 210.1 de la LRJS carece de eficacia revisora , por lo que el motivo deberá ser desestimado.

DECIMOQUINTO.- El motivo formula al amparo del artículo 207-e) de la LRJS la denuncia de infracción del los artículos 124-11 de la LRJS , 51-1 del Estatuto de los Trabajadores y 7.1 del Real Decreto 1438/2012 de 29 de octubre , añadiendo la cita del artículo 13.1-b) del convenio nº 158 de la O.I.T ., artículo 2 de la Directiva 98/159/CE del Consejo de 20 de julio de 1998 , la STJCE 2009/263 (caso Akovan Eritysisalojen Keskuiliitto AEDRY y contra Fujitsu Siemens Computer O.

El planteamiento básico de la recurrente es que la decisión extintiva ya estaba tomada por lo que se habría obviado el periodo de consultas aunque éste formalmente se llevara a cabo, invocando el propósito de la empleadora de amortizar 30 plazas.

Lo cierto es que el simple hecho de que en lugar de 30 amortizaciones hayan sido 24 de por sí elimina toda especulación acerca de las previas intenciones que tuviera la empresa. Intenciones que en todo despido colectivo son materia de anuncio inicial, cualquiera que sea la naturaleza y dimensiones de la misma. Si además se trata de una empresa pública o de una Administración Pública, las limitaciones presupuestarias en uno y otro caso determinan aún con mayor razón partir de un número determinado que en este caso, afortunadamente, se vio reducido lo que muestra una negociación activa que, aun siéndolo pudo haber desembocado en otro tipo de medidas que alivien el resultado pero no en la reducción del número de despidos, dada la naturaleza de empresa pública de la demandada. Si el artículo 51.4.a) del Estatuto de los Trabajadores alude, como objeto del período de consultas «la posibilidad de evitar o reducir los efectos del expediente», ello solo puede deberse a que la empresa promotora se ha fijado un objetivo que, en función de lo negociado



podrá variar o no, ya que también se refiere a «las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias». Contraponiendo este inciso al anterior el resultado es que un efecto puede ser paliativo y no reductor de donde se desprende que el legislador no niega validez, ab initio, a que la cifra inicial de despidos permanezca inalterada ni que ello suponga negación de la buena fé en la negociación. En las presentes actuaciones la cifra inicial se ha visto modificada en beneficio del colectivo al reducir su número.

En consecuencia el motivo deberá ser desestimado.

DECIMOSEXTO.- En su quinto motivo, también al amparo del artículo 207 de la Ley se alega la vulneración del artículo 14 de la Constitución Española bajo una doble perspectiva, la del principio de igualdad, al haber afectado a indefinidos no fijos estableciendo la comparación con los trabajadores fijos y la del principio de no discriminación afectando a otros trabajadores indefinidos no fijos que, a juicio de la recurrente no fueron incluidos en el expediente de despido colectivo debiendo serlo.

Respecto de la primera parte del motivo hemos de compartir la objeción que formula el Ministerio Público de tratarse de una cuestión nueva, dado que en su demanda E.L.A. impugnaba la decisión extintiva con base en la falta de requisitos de forma así como en la inexistencia de requisitos de fondo que afectan a la justificación, proporcionalidad y razonabilidad.

Lo mismo ocurre con la segunda alegación que, además de ser cuestión nueva tampoco contiene datos extraídos del relato fáctico ni se apoya en nuevos elementos que hubieran sido objeto de acción revisora de la declaración original de hechos probados.

Por lo expuesto también este motivo deberá ser desestimado y con el la totalidad del recurso, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal.

DECIMOSÉPTIMO.- Las recurridas Eusko Irrati Telebista (EITB), y Eusko Irrati (EI), como parte final de sus respectivos escritos de impugnación frente a los recursos interpuestos formulan un motivo adicional de fundamentación del fallo al objeto de que el mismo se corrija declarando existentes las causas organizativas.

El artículo 211.1 de la LRJS establece en su párrafo segundo lo siguiente: «1. Una vez formalizado el recurso o recursos dentro del plazo concedido y con los requisitos exigidos, el secretario judicial proveerá en el plazo de dos días dando traslado del mismo a las demás partes por término común de diez días para su impugnación.».

Para el caso de haber formulado en el escrito de impugnación alegación sobre causas de inadmisibilidad del recurso o motivos subsidiarios de fundamentación de la sentencia, el apartado 3 del citado artículo 211 concede a los recurrentes un plazo de cinco días desde el recibo del escrito de impugnación para presentar directamente alegaciones al respecto.

La «subsidiariedad» de otros motivos de fundamentación del fallo de la sentencia recurrida tiene por objeto añadir nuevos fundamentos que apoyen o sirvan de refuerzo a lo ya resuelto pero no que lo contradigan como si de un nuevo recurso se tratara.

Es decir, cabría la formulación de fundamentos adicionales para respaldar la existencia de causas económicas, razón en la que se basa la sentencia para justificar el despido colectivo. Una fundamentación adicional en pro de las causas organizativas vendría a contradecir la tesis que la sentencia suscribe, inexistencia de tales causas, de donde resulta que la pretensión de los recurridos no puede venir amparada por el artículo 211.1 de la L.R.J.S.

Esa función del uso de fundamentos adicionales ya ha sido perfilada por esta Sala en anteriores resoluciones que afectaban al particular, así, en la S.T.S. de 9 de febrero de 2016 (R. 73/2015), reflejando doctrina de anteriores resoluciones: SSTS 9-diciembre-2015 (rco 12/2015), 14-enero-2016 (rco 23/2015) y 29-enero-2016 (rco 111/2014). 15-octubre-2013 -rcud 1195/2013, 18-febrero-2014 -rco 42/2013), se razona lo siguiente: «**SÉPTIMO.- 1.-** La codemandada Fundación " Centro de Transfusión de Galicia ", condenada también en la sentencia de instancia, que no ha impugnado en casación ordinaria dicha sentencia y que en su escrito de impugnación del recurso afirma adherirse íntegramente al recurso de casación formulado por el SERGAS, pretende, al alegado amparo del art. 211 LRJS, con la finalidad declarada de que se estimen las pretensiones de la parte impugnante, que se modifiquen determinados hechos probados de la sentencia de instancia y derivadamente que, estimando el recurso, se desestime íntegramente la demanda.

2.- Esta pretensión debe ser desestimada, al no ser la finalidad de la previsión contenida en el art. 211 LRJS que la parte que no ha recurrido en forma una sentencia pretenda que ésta sea revocada en base en nuevos hechos y argumentaciones que la parte pudiera aportar por dicha vía, sino, al contrario, tales posibles datos y razonamientos debe ir dirigidos, en su caso, a la confirmación de la sentencia impugnada; o como se ha reiterado por esta Sala << *En dicho escrito únicamente se puede interesar la confirmación de la sentencia recurrida. En modo alguno puede ser el cauce adecuado para la anulación o revocación total o parcial de la*



sentencia impugnada >>. En este sentido, en un supuesto en el que un Comité de Empresa que no ha habido recurrido la sentencia de instancia, pretendía, por la vía del art. 211 LRJS, que se ampliara la condena a una persona absuelta, se rechazó por esta Sala en Pleno en su STS/IV 18-febrero- 2014 (rco 42/2013) se afirmó, lo que ahora se reitera y asume, que:

a) << Con carácter previo, se resolverá, para desestimarla la pretensión del Comité de Empresa impugnante formulada a modo de "motivo subsidiario de impugnación", instando por dicha vía la condena de una persona física que había sido absuelta en la sentencia de instancia la que no ha sido recurrida en casación con tal fin por dicho Comité, al no ser el cauce adecuado para intentar lograr la anulación o revocación total o parcial de la sentencia recurrida e incidiría en una vulneración del art. 24 CE al formar parte el principio procesal de la "reformatio in peius" del derecho a la tutela judicial efectiva a través del régimen de garantías legales de los recursos, que deriva, en todo caso, de la prohibición constitucional de indefensión, y sin necesidad en este caso, dada la manifiesta inadecuación de la referida pretensión formulada en la impugnación, de dar traslado a las otras partes e incluso a la persona física cuya condena se insta (art. 211.3 LRJS), como a continuación se razona >>.

b) << Dispone el art. 211.1.II LRJS, relativo al escrito de impugnación en el recurso de casación ordinario, que "... En el mismo se desarrollarán por separado los distintos motivos de impugnación, correlativos a los de casación formulados de contrario y las causas de inadmisión que estime concurrentes, así como, en su caso, otros motivos subsidiarios de fundamentación del fallo de la sentencia recurrida o eventuales rectificaciones de hechos que, con independencia de los fundamentos aplicados por ésta, pudieran igualmente sustentar la estimación de las pretensiones de la parte impugnante, observando análogos requisitos que los exigidos para la formalización del recurso", precepto procesal que contiene análoga redacción a la que para la impugnación del recurso de suplicación se contiene en el art. 197.1 LRJS ("En los escritos de impugnación ... podrán alegarse motivos de inadmisibilidad del recurso, así como eventuales rectificaciones de hecho o causas de oposición subsidiarias aunque no hubieran sido estimadas en la sentencia, con análogos requisitos a los indicados en el artículo anterior"); preceptos procesales sociales que tienen un contenido más concreto y limitado que el previsto para el recurso de apelación en el art. 461.1 LEC ("Del escrito de interposición del recurso de apelación, el Secretario judicial dará traslado a las demás partes, emplazándolas ... para que presenten ... escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que le resulte desfavorable") que viene a posibilitar prácticamente que en dicho escrito impugnatorio se realice una verdadera impugnación de la resolución apelada en lo que le resulta desfavorable >>.

c) << La introducción en la LRJS de la expresa ampliación del contenido de los escritos de impugnación en los recursos de suplicación y de casación ordinaria (art. 197.1 y 211.1.II LRJS), así como la del posterior trámite de audiencia o alegaciones a favor de las otras partes cuando se hubieren formulado motivos o causas de oposición subsidiarias (arts. 197.2 y 211.3 LRJS), tiene como fundamento la adaptación de la normativa procesal social a la jurisprudencia constitucional, contenida, entre otras: **a)** En la STC 91/2010, de 15 de noviembre, en cuanto establece la obligación de resolver, en su caso, sobre las pretensiones contenidas, explícita o implícitamente, en los escritos de impugnación reconociendo "la vulneración del art. 24.1 CE en la vertiente de motivación cuando el silencio sobre la segunda pretensión provoca resultados irregulares o paradójicos (STC 200/1987, de 16 de diciembre ..., y STC 227/2002, de 9 de diciembre ...), o cuando es posible interpretar que la pretensión estaba implícita (STC 218/2003, de 15 de diciembre)", así como con respecto a la "reformatio in peius", entendiéndose que "la interdicción de la reformatio in peius, aunque no esté expresamente enunciada en el art. 24 CE, tiene una dimensión constitucional, pues representa un principio procesal que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva a través del régimen de garantías legales de los recursos, que deriva, en todo caso, de la prohibición constitucional de indefensión (entre otras, SSTC 54/1985 ...; 116/1988 ...; 56/1999 ...; 16/2000 ...; 28/2003 ...; 249/2005 ...) y que "Es, además, una proyección de la congruencia en el segundo o posterior grado jurisdiccional, que impide al órgano judicial ad quem exceder los límites en que esté planteado el recurso, acordando una agravación de la sentencia impugnada que tenga origen exclusivo en la propia interposición de éste (STC 17/2000 ...)"; o **b)** En la STC 4/2006, de 16 de enero, en la que se aceptaba en un recurso de suplicación la formulación en el escrito de impugnación de alegaciones como la analizada en dicho recurso de amparo "en la que el impugnante en fase de recurso se opone a una relación de hechos probados que, si se considerara inalterada al no existir oposición del recurrente al relato de la Sentencia de instancia, podría favorecer la estimación del recurso al dar lugar a una distinta aplicación del Derecho", concluyendo que "En suma, la parte de un litigio laboral que, beneficiada por el pronunciamiento recaído en la instancia, se encuentra con que éste, recurrido, se sustenta en un relato de hechos probados que no se atiene a prueba documental o pericial válidamente practicada en autos e inequívocamente expresiva de un hecho capital para sustentar la decisión dictada y sin el cual ésta podría revocarse, podrá hacer valer su interés a través de su escrito de impugnación, teniendo derecho a una respuesta congruente del órgano judicial que considere sus alegaciones", pero advirtiendo que ello no puede comportar la vulneración del "derecho de defensa de la parte recurrente en



suplicación" a la que debía ofrecérsele "un trámite de audiencia ... en el que tenga oportunidad de alegar sobre la cuestión fáctica objeto de controversia" y, por tanto, recomendaba que "resultaría conveniente introducir dicho trámite de audiencia en la Ley de procedimiento laboral, para atender debidamente a los imperativos del derecho de defensa en supuestos como el que viene de analizarse, o como en otros recientemente abordados por este Tribunal (STC 53/2005, de 14 de marzo ...). De otro modo, no dando audiencia en casos como los citados, sufriría la confianza legítima generada por los términos en que fue conformada la realidad jurídica en el proceso, que no puede desconocerse por los órganos judiciales ">>.

d) << El citado art. 197.1 LRJS ha sido interpretado por esta Sala en su STS/IV 15-octubre-2013 (rcud 1195/2013 a instancia del Ministerio Fiscal) relativa al escrito de impugnación en un recurso de suplicación y a sus conclusiones debemos de estar con respecto al ahora aplicable art. 211.1.II LRJS, dado su análogo contenido e idéntica finalidad, así como por la correlación entre los arts. 202.3 y 203.1 y 2 LRJS referentes al recurso de suplicación invocados en dicha sentencia en apoyo de la tesis interpretativa que defiende y los arts. 215.c) y 216.1 LRJS relativos al recurso de casación ordinario ahora aplicables >> y << En dicha sentencia se concluye que "A la vista de los antecedentes jurisprudenciales y redacción actual del artículo 197 LRJS forzoso es concluir que en el escrito de impugnación del recurso de suplicación el impugnante puede limitarse a oponerse al recurso de suplicación o puede alegar: - Motivos de inadmisibilidad del recurso; - Rectificaciones de hechos; - Causas de oposición subsidiarias", que "En dicho escrito únicamente se puede interesar la confirmación de la sentencia recurrida. En modo alguno puede ser el cauce adecuado para la anulación o revocación total o parcial de la sentencia impugnada" y que <<Dicha conclusión se obtiene de los siguientes motivos: **1º.**- El propio tenor literal del precepto, que no establece que en el escrito de impugnación se pueda solicitar la revocación de la sentencia impugnada.- **2º.**- El contenido de los artículos 202 y 203.1 y 2 LRJS que, al regular los efectos de la estimación del recurso, contemplan única y exclusivamente el recurso, no la impugnación del mismo.- **3º.**- El contenido del artículo 202.3 LRJS que dispone: "De estimarse alguno de los restantes motivos comprendidos en el artículo 193, la Sala resolverá lo que corresponda... dentro de los términos en que aparezca planteado el debate, incluso sobre extremos no resueltos en su momento en la sentencia recurrida por haber apreciado alguna circunstancia obstativa, así como, en su caso, sobre las alegaciones deducidas en los escritos de impugnación, siempre y cuando el relato de hechos probados y demás antecedentes no cuestionados obrantes en autos resultaran suficientes". De dicho precepto no resulta que de estimarse, en su caso, las alegaciones contenidas en el escrito de impugnación, proceda alterar el contenido del fallo.- **4º.**- La naturaleza del escrito de impugnación que, aún con toda la amplitud que le da el precepto, no es un recurso de suplicación, por lo que nunca puede alcanzar a revocar la sentencia recurrida por la otra parte.- **5º.**- El contenido del artículo 211 de la LRJS, que regula la impugnación del recurso de casación establece: "... ". De la lectura de dicho precepto claramente resulta que en el escrito de impugnación del recurso de casación -el de impugnación del recurso de suplicación tiene similar naturaleza- se pueden introducir otros motivos subsidiarios -distintos a la mera impugnación de cada uno de los motivos de casación, o a la alegación de causas de inadmisión- pero dichos motivos tienen por objeto fundamentar el fallo de la sentencia recurrida, no su revocación total ni parcial.- **6º.**- De admitirse que la impugnación puede alcanzar a revocar la sentencia impugnada de contrario, en el supuesto de que la recurrida no fuera trabajador, causahabiente suyo o beneficiario de la seguridad social, no tendría que dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 229 -depósito para recurrir- y 230 -consignación de cantidad- de la LRJS, con lo que se frustraría la finalidad perseguida por dichos preceptos de evitar recursos dilatorios y asegurar el cumplimiento de una eventual condena futura.- **7º.**- La jurisprudencia constitucional inspiradora de la reforma del precepto, tal y como resulta de la exposición de motivos, admite la posibilidad de revisar los hechos probados y aducir nuevos fundamentos jurídicos en el escrito de impugnación, pero siempre limitados a la inadmisión o desestimación del recurso, no a la revocación de la sentencia impugnada. .

En razón a la anterior doctrina y de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, procede la desestimación de la pretensión formulada como adicional por las impugnantes.

Sin que haya lugar a la imposición de las costas a tenor de lo preceptuado en el artículo 235 de la L.R.J.S .

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

FALLO

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

Desestimar los recursos de casación interpuestos por el Letrado D. Alberto Angoitia López, actuando en nombre y representación del sindicato Esker Sindikalaren Konbergentzia-ESK, así como de los miembros del Comité de Empresa de Eusko Irratia S.A., D^a Francisca , D^a Miriam , D^a Apolonia y D^a Encarna , por la Letrado D^a Elia Pérez Hernández, actuando en nombre y representación de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras (C.C.O.O.) de Euskadi, y por la Letrado D^a Estíbaliz Cantero Martínez, actuando en nombre



y representación de la Confederación Euskal Langileen Alkartasuna (E.L.A.) frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social de Justicia del País Vasco con fecha 15 de septiembre de 2015, autos 13/2015 y (acumulados a los anteriores, los autos 14/2015, mediante Auto dictado el 29 de junio de 2015 por el la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco), dictada en virtud de demandas formuladas por los miembros el Comité de Empresa por el sindicato Esker Sindikalaren Konbergentzia-Esk: D^a Francisca , D^a Miriam , D^a Apolonia y D^a Encarna , así como el propio Esker Sindikalaren Konbergentzia-Esk, frente a Eusko Irratia S.A., Sindicato ELA, Sindicato LAB, Comité de Empresa de Eusko Irratia S.A. y Sindicato C.C.O.O., asimismo se formula demanda por la Letrada D^a Estíbaliz Cantero Martínez, en nombre y representación de Confederación Sindical ELA frente a Radio Televisión Vasca-Eusko Irrati Telebista (EITB), Eusko Irratia-Radio Difusión Vasca S.A.-Bilbao, Eusko Irratia-Radio Difusión Vasca S.A.-Donostia, Eusko Irratia-Radio Difusión Vasca S.A.-Gasteiz, Radio Vitoria S.A., Esker Sindikalaren Konbergentzia-ESK, (LAB) Langile Abertzaleen Batzordeak, (C.C.O.O.) Confederación Sindical de Comisiones Obreras, (KLB) Komunikabideetako Langileen Batasuna sobre Conflicto Colectivo-Despido Colectivo. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

D. Jesus Gullon Rodriguez D. Fernando Salinas Molina D^a Maria Milagros Calvo Ibarlucea D. Luis Fernando de Castro Fernandez D. Jose Luis Gilolmo Lopez D^a Maria Luisa Segoviano Astaburuaga D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana D^a Rosa Maria Viroles Piñol D^a Maria Lourdes Arastey Sahun D. Miguel Angel Luelmo Millan D. Antonio V. Sempere Navarro D. Angel Blasco Pellicer D. Sebastian Moralo Gallego D. Jesus Souto Prieto D. Jordi Agusti Julia **PUBLICACIÓN.**- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada Dña. Maria Milagros Calvo Ibarlucea 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.