



Roj: **STS 390/2018 - ECLI:ES:TS:2018:390**

Id Cendoj: **28079149912018100003**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **25/01/2018**

Nº de Recurso: **3473/2015**

Nº de Resolución: **56/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **SEBASTIAN MORALO GALLEGO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ, Sala de lo Social, Andalucía, Sección 1ª, 30-06-2015 (rec. 1605/2014), STS 390/2018**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3473/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastian Moralo Gallego

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

PLENO

Sentencia núm. 56/2018

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

Dª. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D. Luis Fernando de Castro Fernandez

Dª. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

Dª. Rosa Maria Viroles Piñol

Dª. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Angel Blasco Pellicer

D. Sebastian Moralo Gallego

En Madrid, a 25 de enero de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el Letrado D. Jorge Aparicio Marbán, en la representación que ostenta D.ª Carolina , D.ª Irene , D. Carlos Miguel y D. Amadeo , contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, de 30 de junio de 2015 (Rec. 1605/2014), que resolvió el recurso interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 8 de Sevilla, autos 704/2013, en virtud de demanda presentada por la misma parte contra la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, sobre derechos.



Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Sebastian Moralo Gallego.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 15 de abril de 2014, el Juzgado de lo Social nº 8 de Sevilla, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que DESESTIMANDO la demanda que en materia de reclamación de cantidad ha interpuesto Carolina , Irene , Carlos Miguel Y Amadeo contra AGENCIA ESTATAL DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA, debo absolver y absuelvo a ésta de los pedimentos formulados en su contra».

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: « **Primero.-** Carolina , Irene , Carlos Miguel Y Amadeo son trabajadores fijos discontinuos de la AGENCIA ESTATAL DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA, que prestan servicios en la delegación Especial de la AEAT en Andalucía, sede en Sevilla, con la categoría de auxiliar de administración e información, perteneciente al grupo profesional 4 del Convenio Colectivo del personal laboral de la AEAT.- Los actores tienen reconocida la condición de fijo discontinuo desde las siguientes fechas:

Carolina , 4/2/2009, tras superar el proceso de consolidación de la condición fijo discontinuo convocado por resolución de 27/6/2008 de la Presidencia de la AEAT.

Irene , 4/2/2009, tras superar el proceso de consolidación de la condición fijo discontinuo convocado por resolución de 27/6/2008 de la Presidencia de la AEAT.

Carlos Miguel , 24/4/2006, reconocida dicha antigüedad y el carácter fijo discontinuo por sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 10 de Sevilla, de 16 de enero del 2008

Amadeo , 4/2/2009, tras superar el proceso de consolidación de la condición fijo discontinuo convocado por resolución de 27/6/2008 de la Presidencia de la AEAT.

Para lo determinación de los derechos de promoción económica y profesional la AEAT solo les computa a los actores el tiempo de servicio efectivo.- Segundo.- la AEAT tiene reconocido a los actores los servicios efectivos desde que comenzaron a trabajar en la primera campaña de renta en la que estuvieron contratados, en cualquier modalidad, a saber:

Carolina

Del 14 de abril al 8 de julio del 2008 (2 meses y 25 días)

Del 14 de abril al 8 de julio del 2009 (2 meses y 25 días)

Del 12 de abril al 8 de julio del 2010 (2 meses y 27 días)

Del 25 de abril al 7 de julio del 2011 (2 meses y 13 días)

Del 25 de abril al 9 de julio del 2012 (2 meses y 15 días)

Del 7 de mayo al 15 de julio del 2013 (1 meses y 29 días).

Irene ,

Del 14 de abril al 8 de julio del 2008 (2 meses y 25 días)

Del 14 de abril al 8 de julio del 2009 (2 meses y 25 días)

Del 12 de abril al 8 de julio del 2010 (2 meses y 27 días)

Del 25 de abril al 7 de julio del 2011 (2 meses y 13 días)

Del 25 de abril al 9 de julio del 2012 (2 meses y 15 días)

Del 7 de mayo al 15 de julio del 2013 (1 meses y 29 días)

Carlos Miguel , 24/4/2006

Del 24 de abril al 30 de junio del 2006 (2 meses y 7 días)

Del 16 de abril al 2 de julio del 2007 (2 meses y 17 días)

Del 14 de abril al 8 de julio del 2008 (2 meses y 25 días)

Del 14 de abril al 8 de julio del 2009 (2 meses y 25 días)

Del 12 de abril al 8 de julio del 2010 (2 meses y 27 días)

Del 25 de abril al 7 de julio del 2011 (2 meses y 13 días)



Del 25 de abril al 9 de julio del 2012 (2 meses y 15 días)

Del 7 de mayo al 15 de julio del 2013 (1 meses y 29 días)

Amadeo

Del 14 de abril al 8 de julio del 2008 (2 meses y 25 días)

Del 14 de abril al 8 de julio del 2009 (2 meses y 25 días)

Del 12 de abril al 8 de julio del 2010 (2 meses y 27 días)

Del 25 de abril al 7 de julio del 2011 (2 meses y 13 días)

Del 25 de abril al 9 de julio del 2012 (2 meses y 15 días)

Del 7 de mayo al 15 de julio del 2013 (1 meses y 29 días)

Además el Sr. Amadeo tiene reconocido otros servicios prestados en la Administración General del Estado. Del 11/12/09 al 15/9/2010(9 meses y cinco días) con funcionario interino del cuerpo auxiliar. Y del 28/11/11 al 29/4/12.- **Tercero.**- el porcentaje de mujeres trabajadoras que han prestado servicios en el 2013 en la agencia tributaria como personal laboral fijo-discontinuo ha sido del 77,33%. **Cuarto.**- El día 16/4/2013 se presentó la reclamación previa».

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación procesal de D^a. Carolina , D^a. Irene , D. Carlos Miguel Y D. Amadeo , ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, la cual dictó sentencia en fecha 30 de junio de 2015 , en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: «Que debemos desestimar y desestimamos el recurso el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D^{ña}. Carolina OTRAS/OS, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 8, de Sevilla, de fecha 15 de abril 2014 , en virtud de demanda presentada a su instancia, debiendo confirmar la referida resolución, sin costas».

CUARTO.- Por el Letrado D. Jorge Aparicio Marbán, en la representación que ostenta D^a. Carolina , D^a. Irene , D. Carlos Miguel Y D. Amadeo , se formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 20 de febrero de 2013 (Rec. 669/2012).

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar procedente la desestimación del recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 14 de noviembre de 2017, suspendiéndose el mismo y señalándose para su deliberación en el Pleno de la Sala, para el día 13 de diciembre de 2017, en el que tuvo lugar.

En dicho acto, el Magistrado Ponente señaló que no compartía la decisión mayoritaria de la Sala y que formularía voto particular, por lo que se encomendó la redacción de la ponencia al Excmo. Sr. Magistrado D. Sebastian Moralo Gallego.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión a resolver en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina reside en determinar cómo debe computarse, a efectos de promoción profesional y económica, el tiempo trabajado por el personal laboral de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT) sujeto a la modalidad contractual de fijo discontinuo, si es teniendo en cuenta exclusivamente los meses en los que efectivamente se ha prestado servicios durante la correspondiente campaña anual, o todo el año completo, con inclusión de aquellas mensualidades en las que no se trabaja.

Materia a la que dio respuesta negativa la STSJ Andalucía/Sevilla 30/Junio/2015, rec. 1605/14 , que confirma la dictada en 15/Abril/2014 por el J/S nº 8 de Sevilla en autos 704/13, con el argumento de que la regulación convencional en el art. 67.1 del Convenio Colectivo impone la exigencia de que los servicios computables sean «efectivos».

2.- Decisión que se recurre en unificación de doctrina por la representación de los trabajadores, aduciendo como contraste la STSJ Madrid 20/02/13, rec. 669/12 , y denunciando la infracción de los arts. 12.4 y 15.8 ET , así como del Acuerdo Marco que figura como Anexo a la Directiva 97/81/CE 15/Diciembre/1997.

SEGUNDO. 1.- Es de constante recuerdo por esta Sala que el art. 219 LRJS establece como presupuesto de admisibilidad del recurso para la unidad de la doctrina que medie contradicción entre la sentencia recurrida



y la presentada como comparación, y que tal requisito se verifica por el contraste entre la parte dispositiva de las sentencias que contienen pronunciamientos diversos respecto de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales (recientes, SSTS SG 13/07/17 -rcud 2976/15 -; 18/07/17 -rcud 1532/15 -; y 19/07/17 -rcud 3255/15 -). Sin olvidar que esa exigencia de igualdad esencial se extiende, como es lógico, a la normativa aplicable al caso, de modo que la contradicción no existe si los hechos suceden bajo la vigencia de normas - o Convenios Colectivos- que los regulan de diferente modo (SSTS 18/12/91 -rcud 622/91 -; ... 14/07/16 -rcud 3089/14 -; 29/11/16 -rcud 765/15 -; y 18/07/17 -rcud 1532/15 -).

2.- En el presente caso, la sentencia recurrida rechaza la pretensión de los actores de que a los todos los efectos promocionales económicos y profesionales se les compute como de «servicios prestados» todo el tiempo de vinculación con la demandada AEAT como trabajadores fijos discontinuos, en aplicación de las previsiones contenidas en los arts. 24 y 67 del Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la citada AEAT.

Por el contrario, la decisión referencial reconoce idéntica pretensión, aunque limitada a los exclusivos efectos económicos que habían sido objeto de reclamación, pero en aplicación del art. 37 del Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Comunidad de Madrid .

Lo que, con carácter previo, nos obliga a reproducir los preceptos aplicados en una y otra resolución.

3.- El Convenio Colectivo para el personal laboral de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, regula en su art. 30 el régimen jurídico aplicable a los trabajadores fijos discontinuos, y dispone en su párrafo primero que: " *Los periodos de tiempo trabajados como fijos discontinuos se computaran a efectos de antigüedad como trabajadores de la Agencia Tributaria a todos los efectos* "; y en el párrafo tercero, " *Retribuciones. Vacaciones y permisos: Las retribuciones a percibir por los trabajadores fijos discontinuos serán proporcionales a los días trabajados. Igualmente, la duración de las vacaciones y otros permisos será proporcional al tiempo de servicios efectuados y se disfrutaran en los términos establecidos en el convenio y de la forma más adecuada a las características de esta contrataciones* " .

El art. 24 contempla el mecanismo de promoción profesional dentro de la Agencia Tributaria, estableciendo, en lo que ahora interesa, que: " *Los trabajadores deberán acreditar el cumplimiento de los requisitos de titulación exigidos y la prestación de servicios, durante al menos dieciocho meses, en el puesto de trabajo de destino* " .

Finalmente, el art. 67 regula el complemento de antigüedad de la siguiente forma: " *Antigüedad: Este complemento está constituido por una cantidad fija de 24,86 euros mensuales, que se devengarán a partir del día primero del mes en que se cumplan tres o múltiplos de tres años de relación laboral prestando servicios efectivos en el ámbito de aplicación de este Convenio. Para fijar el computo de tiempo de los nuevos trienios a devengar, se considerara como fecha inicial la del reconocimiento del ultimo vencimiento del complemento de antigüedad perfeccionado* " .

4.- Por su parte, el art. 37 del Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Comunidad de Madrid dispone, en lo que ahora interesa: " *ANTIGÜEDAD. El complemento por antigüedad estará constituido por una cantidad fija que será devengada a partir del primer día del mes en que se cumplan tres, o múltiplo de tres, años de servicios efectivos en jornada completa o la proporción si la jornada y el salario fuesen inferiores y se retribuirá según el número y duración de las jornadas realizadas. Los trabajadores con relación de empleo de carácter temporal tendrán derecho a la percepción del complemento por antigüedad siempre y cuando presten servicios continuados durante tres o más de tres años en virtud de un mismo contrato de trabajo, no pudiendo acumularse los periodos correspondientes a más de un contrato temporal, salvo en el supuesto previsto en el párrafo séptimo de este Artículo. En ningún caso la percepción del complemento por antigüedad menoscabará la naturaleza temporal del contrato de trabajo... A los trabajadores eventuales que pasen a formar parte de la plantilla de personal laboral fijo, se les computarán los servicios prestados en la Comunidad de Madrid, a efectos de antigüedad, salvo que la prestación de sus servicios hubiera tenido en algún momento solución de continuidad por más de tres meses consecutivos, en cuyo caso sólo se computarán los servicios posteriores a la última interrupción superior a tres meses. A aquellos funcionarios de la Comunidad de Madrid que se integren en la plantilla de personal laboral fijo y que no medie entre ambas situaciones solución de continuidad, se les respetará la antigüedad que ostentasen, de forma que la fecha de reconocimiento del último trienio será la que se tome como base para el cumplimiento del siguiente, siéndoles respetada, la cuantía establecida en nómina, como antigüedad consolidada.*

TERCERO. 1.- En la STS 20/09/2016, rec.129/2015 , esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la inexistencia de contradicción en un asunto idéntico al presente, en el que se planteaban las mismas cuestiones respecto a idéntico personal laboral en las sentencias en comparación.

En aquel otro caso, al igual que en el presente, los trabajadores demandantes prestaban servicios para la AEAT en calidad de fijos discontinuos.



La sentencia recurrida les reconocía los derechos que aquí se peticionan en aplicación de esa misma normativa del convenio colectivo que hemos transcrito, recurriendo en casación unificadora la AEAT, que invocaba de contraste otra sentencia del TSJ de Madrid en la que se aplicaba igualmente el art. 37 del Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Comunidad de Madrid, y se resolvía- en sentido contrario-, la misma pretensión de la que conoce la sentencia referencial que se hace valer en el caso de autos.

Aunque el resultado de cada una de las sentencias en comparación era justamente el contrario en aquel otro asunto, la cuestión jurídica es exactamente la misma a efectos de valorar la concurrencia del requisito de contradicción, por lo que debemos atenernos a lo que ya dijimos en nuestra precitada sentencia al no apreciarse razones que justifiquen un cambio de criterio.

2.- Como en ella dijimos, nuestra sentencia de 11 de junio de 2014 (rcud.- 1174/2013) ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la misma cuestión de la que conoce la sentencia de contraste, con unos argumentos jurídicos cuyo análisis evidencia la inexistencia de contradicción con lo resuelto en la sentencia recurrida.

En nuestra sentencia se considera ajustada a derecho la doctrina aplicada en otras sentencias de la misma sala social del TSJ de Madrid - entre ellas, la que se invoca de contrasta en el caso de autos-, en interpretación de aquel art. 37 del Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Comunidad de Madrid, que entendió que debía computarse a efectos de antigüedad todo el tiempo transcurrido desde el inicio de la relación laboral con inclusión de los periodos de tiempo no trabajados en cada anualidad.

Y al igual que así hicimos en aquella STS 20/9/2016, rec.129/2015, reproducimos seguidamente lo que razona la STS 11/6/2014, rec. 1174/2013, para visualizar adecuadamente lo que era objeto de controversia en aquellos procedimientos - que se corresponden exactamente con el caso que resuelve la sentencia de contraste-, en la medida en que esto será lo relevante para decidir la existencia de contradicción.

Se dice: " Los trabajadores demandantes tienen la consideración de trabajadores de carácter indefinido. Ello excluye la posibilidad de equiparlos a los trabajadores eventuales a los que se refiere el apartado séptimo del art. 37 del convenio.

Ese precepto lo que intenta es delimitar qué tipo de prestación de servicios se computa a los efectos del cálculo del trienio, de suerte que la inexistencia de servicios durante tres meses quede excluida y, en consecuencia, el tiempo de prestación continuada durante tres años incluye a todo tipo de trabajador, incluso con interrupciones, siempre y cuando tales interrupciones no alcancen ese lapso de tres meses.

En presente caso, no estamos ante trabajadores temporales, cuyo vínculo se hubiere roto y su prestación de servicios estuviere interrumpida por la extinción del contrato. Aquí se trata de trabajadores indefinidos de carácter discontinuo, cuyo nexo contractual con la parte empleadora está vigente desde su inicio, con independencia de la distribución de los tiempos de prestación de servicios en atención a los llamamientos que haga la empresa.

El precepto convencional no contiene regla específica alguna respecto de esta modalidad de contratación de duración indeterminada. Ante dicho silencio, la equiparación a los temporales pretendida por quien recurre resultaría totalmente alejada de la razonabilidad. Como hemos apuntado, para el personal temporal la exclusión se relaciona con la extinción contractual y, aun en tales casos, únicamente con la extinción que supera un tiempo determinado, de forma que a aquellos trabajadores temporales que vuelven a ser contratados se les computarán, a los efectos de trienios, todas las rupturas del vínculo inferiores a tres meses. Por el contrario, los trabajadores indefinidos discontinuos no tienen limitada la duración del contrato, sino la de su jornada anual -irregular y sometida a la necesidad de llamamiento-".

3.- Tras lo que razonamos en la STS 20/9/2016, .: " Como es de ver, la cuestión a la que afecta la controversia en la sentencia de contraste se ciñe a la interpretación y aplicación que haya de hacerse de lo dispuesto en el art. 37 del Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Comunidad de Madrid, para determinar cuál ha de ser la manera de computar el tiempo de servicio prestado por los trabajadores fijos discontinuos sometidos a su ámbito de aplicación, en orden a la percepción del complemento de antigüedad en la forma que regula ese precepto convencional".

Y seguidamente destacamos que eso evidencia que la ratio decidendi de la STS 11/6/2014, rec. 1174/2013 reside exclusivamente en la redacción literal del convenio colectivo en cuestión, que por ese motivo se convierte en el elemento esencial sobre el que gira la cuestión jurídica a resolver en el asunto del que conoce la sentencia referencial.

Para concluir finalmente: " No hay por lo tanto identidad con la situación que se suscita en el caso de autos, en el que la actora presta servicios para la Agencia Estatal de Administración Tributaria y se encuentra sometida a la específica regulación del Convenio Colectivo del personal laboral de dicha entidad, que es distinto y diferente al



que sustenta la decisión de la sentencia de contraste. Como hemos adelantado, este convenio colectivo regula en su art. 30 el contrato fijo discontinuo de los trabajadores de esa entidad pública, en el art. 24 la promoción profesional y en los arts. 66 y 67 el complemento de antigüedad.

4.- Bien es cierto que en ambos casos coincide el hecho de que se trata de trabajadores fijos discontinuos y la cuestión planteada afecta por igual al cómputo de los periodos de tiempo de inactividad en los que no hay prestación de servicio en cada una de las campañas anuales objeto de contratación, la extinción de incendios forestales en la de contraste, y la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas en la recurrida.

En este punto se produce entre ambos casos una innegable identidad, que la sentencia recurrida ha considerado suficiente para aplicar miméticamente el criterio de nuestra sentencia de 11 de junio de 2014 y trasladarlo al caso de autos.

Traslación de la que discrepamos, porque la resolución de cada uno de los asuntos descansa en la singular regulación de esta cuestión en los dos diferentes convenios colectivos de aplicación, tal y como es de ver en nuestra precitada sentencia al resolver el litigio respecto a los trabajadores fijos discontinuos sometidos al Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Comunidad de Madrid.

Recordemos que la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales, (SSTs 29/04/2014 (R. 609/2013) , 17/06/2014 (R. 2098/2013) , 18/12/2014 (R. 2810/2012)) y 21/01/2015 (R. 160/2014) , lo que impide que podamos considerarla concurrente en este caso por el solo hecho de que en ambos supuestos se discuta como doctrina genérica la manera de computar los tiempos de prestación de servicio de los trabajadores fijos discontinuos, cuando resulta determinante para ello la aplicación de un específico y diferente convenio colectivo".

4.- Estos mismos argumentos que nos llevaron a no apreciar la concurrencia de contradicción en nuestra precitada sentencia, conducen necesariamente a aplicar ese mismo criterio en el presente asunto.

CUARTO.- Conforme a lo razonado y oído el Ministerio Fiscal , el recurso, no debió admitirse a trámite por falta de contradicción doctrinal, causa de inadmisión que en el presente trámite se convierte en motivo de su desestimación. Sin costas, art. 235.1º LRJS .

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D.^a Carolina , D.^a Irene , D. Carlos Miguel y D. Amadeo , contra la sentencia dictada por el TSJ Andalucía/Sevilla en fecha 30 de junio de 2015, rec. 1605/14 , que a su vez había confirmado la resolución desestimatoria de la demanda de 15 de abril de 2014 del Juzgado de lo Social núm. 8 de los de Sevilla , autos 704/13, seguidos a instancia de los recurrentes frente a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

D. Jesus Gullon Rodriguez D^a Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D. Luis Fernando de Castro Fernandez 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. Antonio V. Sempere Navarro

D. Angel Blasco Pellicer D. Sebastian Moralo Gallego

VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO D. Luis Fernando de Castro Fernandez, AL QUE SE ADHIERE EL EXCMO. SR. D. JOSÉ MANUEL GARCÍA DE LA SERRANA, A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO 3473/2015.

Madrid, 25 de enero de 2018

Haciendo uso de la facultad conferida por el art. 260.2 LOPJ , formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina nº 3473/2015, por discrepar -con adecuado respeto- del criterio adoptado por la mayoría de la Sala, y por entender que entre los supuestos contrastar mediaba



la exigible contradicción que obligaba a resolver la cuestión de fondo, y precisamente en los términos que mantenía la sentencia recurrida, rectificando así con ello la postura adoptada por esta Sala en la sentencia de 11/06/14 [rcud 1174/13], confirmatoria -precisamente- de la sentencia de contraste, y que a mi entender sentó un criterio que no solamente carecía de amparo en la correspondiente regulación colectiva, sino que además se apartaba de nuestros consolidados criterios en materia.

PRIMERO. - 1.- En justificación de ello partía el proyecto de sentencia en día por mí presentado, y obligadamente parto también en este voto particular -como podía ser menos-, de la regulación que hacen los convenios colectivos de ambos pleitos -de la recurrida y contraste- respecto de la materia controvertida, el complemento de antigüedad:

a).- Por lo que se refiere a la decisión recurrida, el art. 67 del Convenio AEAT dispone -la cursiva es mía, obviamente- que el complemento de antigüedad «está constituido por una cantidad fija de 24,86 euros mensuales, que se devengarán a partir del día primero del mes en que se cumplan tres o múltiplos de tres años de relación laboral *prestando servicios efectivos* en el ámbito de aplicación de este Convenio».

b).- Por su parte, el art. 37 del Convenio Comunidad de Madrid -aplicable en la decisión de contraste- señala que el complemento de antigüedad «estará constituido por una cantidad fija que será devengada a partir del primer día del mes en que se cumplan tres, o múltiplo de tres, años de *servicios efectivos* en jornada completa o la proporción si la jornada y el salario fuesen inferiores y se retribuirá según el número y duración de las jornadas realizadas».

2.- Como a mi juicio es de inequívoca observación, la coincidencia del textos colectivos no es ya que sea sustancialmente igual, sino que es de coincidencia plena, y la diferencia no puede hallarse -como la decisión mayoritaria entendió- precisamente en las argumentaciones ofrecidas por nuestra STS 11/06/14 -rcud 1174/13 - [«Los trabajadores demandantes tienen la consideración de trabajadores de carácter indefinido. Ello excluye la posibilidad de equiparlos a los trabajadores eventuales ... Aquí se trata de trabajadores indefinidos de carácter discontinuo, cuyo nexo contractual con la parte empleadora está vigente desde su inicio, con independencia de la distribución de los tiempos de prestación de servicios en atención a los llamamientos que haga la empresa. El precepto convencional no contiene regla específica alguna respecto de esta modalidad de contratación de duración indeterminada. Ante dicho silencio, la equiparación a los temporales pretendida por quien recurre resultaría totalmente alejada de la razonabilidad». Tales argumentaciones no son datos objetivos diferenciales que justifiquen una diversa solución, sino que constituyen solamente razonamientos y que como tales -de ser considerado acertados- bien pudieran ser empleadas asimismo en el supuesto de la decisión recurrida. Argumentaciones -no diferencias reales- que no comparto y que -entiendo- la Sala habrá de rechazar cuando finalmente reexamine la cuestión.

SEGUNDO. - Por ello sostengo en este voto particular -como mantuve en el proyecto sometido a la deliberación del Pleno de la Sala- que concurría el requisito de contradicción exigido por el art. 219 LJS y que procedía resolver la cuestión de fondo, manteniendo que la solución ajustada a derecho era precisamente la sostenida por la decisión recurrida y que -en consecuencia- debía rectificarse la doctrina sentada por la Sala en la tan referida STS 11/06/14 -rcud 1174/13 -. Y al efecto -tal como impone la LOPJ- procedo a reproducir los restantes términos de la sentencia que creo debió haberse dictado y cuyo proyecto en su día presenté al Pleno de la Sala:

« **CUARTO.- 1.-** Como punto de partida hemos de recordar que la antigüedad no se identifica necesariamente con el tiempo efectivo de servicios, porque «la antigüedad es una noción compleja que no tiene un sentido unívoco ni una función uniforme en el marco de la relación de trabajo... La antigüedad es, según uno de los significados que recoge el Diccionario de la Real Academia, "el tiempo transcurrido desde que se obtiene un empleo". Pero ese tiempo puede ser definido de forma distinta, según los efectos a los que se refiere su cómputo, y en el ámbito laboral puede no ser lo mismo la antigüedad a efectos de promoción económica que la antigüedad a efectos de promoción profesional o del cálculo de las indemnizaciones por la extinción del contrato» (SSTS 15/03/10 -rcd 90/09 -; 25/01/11 -rcud 1991/10 -; 25/03/13 -rcud 1775/12 -; y SG 20/10/15 -rcud 1412/14 -).

2.- Asimismo, respecto del cómputo de la antigüedad nuestra doctrina -siquiera explicitada en torno a los contratos temporales- puede resumirse en los siguientes puntos: «1º) la función del complemento de antigüedad es la de compensar la adscripción de un trabajador a la empresa o la experiencia adquirida durante el tiempo de servicios, circunstancias que, en principio, no se modifican por el hecho de haber existido interrupciones no prolongadas al servicio de la misma empresa, en especial cuando tales interrupciones se producen en una cadena de contratación por iniciativa del propio empleador; 2º) el complemento de antigüedad, cuya "fuente principal" de regulación es, a partir de la Ley 11/1994, el convenio colectivo, debe calcularse y computarse, en principio, en la cuantía y en los términos que determine la regulación convencional que lo establece con los límites que derivan de las normas imperativas contenidas en la



regulación interprofesional del Estatuto de los Trabajadores y en particular de las que se contienen en el art. 15.6 de dicho texto legal en orden a la garantía del principio de igualdad de trato entre trabajadores temporales y por tiempo indefinido; 3º) en el supuesto de sucesión en el tiempo de contratos temporales una interrupción no prolongada, aunque sea superior a veinte días, no debe determinar la interrupción del cómputo, "salvo que el convenio diga otra cosa", cuando en la sucesión de las contrataciones se observe "una unidad esencial del vínculo contractual" » (STS 25/09/12 -rcud 2978/11 -).

3.- De otra parte, y en relación con el principio de igualdad que sirve de sustentación a la pretensión actora, tengamos también en cuenta que nuestro intérprete máximo de la Constitución ha declarado y esta propia Sala ha reiterado: «a).- Que como el convenio se negocia por entes o sujetos dotados de representación institucional y una vez negociado adquiere eficacia normativa, incardinándose en el sistema de fuentes del Derecho e imponiéndose a las relaciones de trabajo incluidas en su ámbito, por tal razón ha de someterse a las normas de mayor rango jerárquico y ha de respetar el cuadro de derechos fundamentales acogidos en nuestra Constitución y, en concreto, las exigencias del derecho a la igualdad y a la no discriminación [así, las SSTC 177/1988, de 10/Octubre, F. 4 ; 119/2002, de 20/Mayo, F. 6 ; 27/2004, de 4/Marzo, F. 4 ; 280/2006, de 9/Octubre, FJ 5 ; y 36/2011, de 28/Marzo , FJ 2. Criterio que esta Sala ha reiterado en sentencias de 09/06/09 -rco 102/08 -; 08/07/10 -rco 248/09 -; 18/07/11 -rco 175/10 -; 18/06/12 -rco 221/10 -; y 22/10/13 -rco 110/12 -]. b).- Que a pesar de ello, ese obligado respeto a las citadas exigencias constitucionales no puede tener en el ámbito de las relaciones privadas el mismo alcance que en otros contextos, sino que aquí ha de aplicarse matizadamente, debiendo armonizarse con otros principios o valores constitucionales y fundamentalmente el de la libertad [arts. 1 y 10 CE], que se proyecta no sólo en la libertad de empresa [art. 38 CE], sino en la autonomía privada en el ámbito de la ordenación de los intereses privados [aparte de otras anteriores, SSTC 11/11/08 -rco 120/07 -; 21/09/10 -rcud 49/10 -; 12/04/11 -rco 136/10 -; y 14/05/14 -rco 2328/13 -]; y con mayor motivo si se atiende a la consideración de que en el curso de la negociación colectiva los representantes de los trabajadores defienden los intereses globales de éstos, observando las implicaciones presentes y futuras de los pactos y las consecuencias que una estrategia negociadora desviada podría provocar [entre tantas, SSTC 119/2002, de 20/Mayo, FJ 6 ; 27/2004, de 04/Marzo ; y 36/2011, de 28/Marzo , FJ 2. Y también, entre las recientes, SSTC 08/07/10 -rco 248/09 -; 18/07/11 -rco 175/10 -; 11/10/11 -rco 163/10 -; 18/06/12 -rco 221/10 -; y 21/10/14 -rco 308/13 -]. c).- Que en todo caso, la autonomía de empresarios y trabajadores a la hora de fijar colectivamente el contenido de la relación laboral no puede prescindir de que un Estado social y democrático tiene por valores superiores la igualdad y la justicia [SSTC 31/1984, de 07/Marzo ; 119/2002, de 20/Mayo ; 27/2004, de 04/Marzo . SSTC 26/11/08 -rco 95/06 -; 09/06/09 -rcud 1727/08 -; 08/07/10 -rco 248/09 -; y 18/07/11 -rco 175/10 -], de tal forma que ni la autonomía colectiva puede establecer un régimen diferenciado en las condiciones de trabajo sin justificación objetiva y sin la proporcionalidad que se ajusten al art. 14 CE , ni tampoco en ese juicio pueden marginarse las circunstancias a las que hayan atendido los negociadores, siempre que resulten constitucionalmente admisibles [SSTC 27/2004, de 4/Marzo, FJ 4 ; 36/2011, de 28/Marzo , FJ 2. Y siguiendo criterio constitucional, en tiempos recientes, SSTC 27/12/10 -rco 229/09 -; 18/07/11 -rco 175/10 -; 20/02/12 -rco 189/11 -; y 11/10/11 -rco 163/10 -]» (STS 20/01/15 -rcud 401/14 -).

QUINTO.- 1.- Siendo esto así, si el concepto de «antigüedad» no es unívoco y ha de ser definido -a los diversos efectos- por la regulación colectiva, la reconsideración de la cuestión litigiosa nos lleva a la conclusión de que los servicios «efectivos» de que habla la norma convencional no pueden identificarse con el tiempo de formal «vinculación» a la empresa como trabajadores fijos-discontinuos [tesis de la decisión de contraste, ratificada por esta Sala en el precedente ahora abandonado], sino que ha de serlo exclusivamente con la actividad laboral real, en tanto que por «servicio activo» ha de entenderse -conforme al Diccionario de la Lengua Española- la «situación laboral ... en la que una persona desempeña *efectivamente* el puesto que le corresponde»; y por «efectivo» ha de entenderse -con arreglo al mismo DEL- lo «real y verdadero, en oposición a... nominal».

Es más, la inexistente justificación de la pretensión de autos se evidencia en el segundo de los HDP, en el que consta que los servicios «efectivos» prestados por los demandantes desde el 14/04/08 al 15/07/13 -5 años y tres meses- fueron exclusivamente 15 meses para los actores Carolina , Irene y Amadeo , y 20 meses para el Sr. Carlos Miguel , periodos de tiempo que -conforme a su pretensión- habrían de ser equiparados a los efectos no sólo económicos sino de promoción profesional -vertical y horizontal-, a los 63 meses de servicios «reales y continuados» de sus compañeros, cuya «real» experiencia como razonable factor promocional se vería injustificadamente equiparado por la exclusiva vinculación contractual -sin servicios materiales- de los trabajadores fijos discontinuos. Y destaquemos en esta línea que con la solución adoptada no hacemos sino seguir la doctrina comunitaria relativa a utilizar el criterio de la antigüedad como idóneo instrumento para alcanzar la finalidad legítima de recompensar la experiencia adquirida por el trabajador y que le sitúa en condiciones de cumplir mejor sus tareas (vid. STJUE 03/Octubre/06, Asunto Cadman y Health), pues no cabe duda de que tal experiencia se adquiere exclusivamente por el ejercicio material de los servicios profesionales y en manera alguna por la mera vinculación jurídica a la empresa, pero sin prestación de cometido laboral.



2.- Señalemos, para finalizar, que este criterio es precisamente el adoptado en muchas otras decisiones, algunas de ellas muy recientes. Así:

a).- Respecto -también- de los servicios discontinuos prestados para «Iberia LAE, SA» (así, SSTs 11/11/02 -rcud 1886/02 -; 25/04/05 -rcud 923/04 -; 28/06/07 -rcud 2461/06 -; 20/07/10 -rcud 2955/09 -; 14/10/14 -rcud 467/14 -; 15/10/14 -rcud 164/14 -; 15/10/14 -rcud 492/14 -; y 20/11/14 -rcud 1300/13 -), y en las que -aún sin la exigencia convencional expresamente alusiva a los «servicios efectivos», como en el caso de autos- a los cuestionados efectos de antigüedad computamos exclusivamente los servicios realmente prestados.

b).- Tratándose de contratos temporales reiterados en el tiempo y con mayor o menor solución de continuidad entre ellos, también hemos afirmado -con cita de numerosos precedentes de la Sala- que «el cómputo de la antigüedad en litigio ha de incluir "los períodos de tiempo *efectivamente trabajados*", *sumando*, "todos los períodos de prestación de servicios efectivos". Ello es así porque, como también ha destacado la Sala en pronunciamientos anteriores, el complemento de antigüedad tiene por objeto "compensar la adscripción del trabajador a la empresa o la experiencia adquirida durante el tiempo de servicios", *adscripción y experiencia que no concurren o no se pueden obtener en las fases de interrupción en la secuencia contractual* en las que el vínculo laboral no existe, lo que, sin duda, resulta aplicable al complemento de capacitación y permanencia» (STS 706/2017, de 21/09/17 -rcud 47/16 -, para la Corporación de la Radio Televisión de Galicia).

c).- Con no menor rotundidad hemos sostenido que «la antigüedad de un trabajador en una empresa determinada no es otra cosa que el tiempo que el mismo viene *prestando servicios a esa empresa sin solución de continuidad*, aunque tal prestación de actividad laboral se haya llevado a cabo bajo el amparo de diferentes contratos de clases distintas... » (STS 801/2017, de 16/10/17 -rcud 1203/16 -, para el personal de la CAM).

SEXTO.- En conclusión, las precedentes consideraciones son las que me llevan a disentir del criterio de la mayoría, por entender que debió haberse apreciado concurrente el requisito de contradicción y entrar a resolver la cuestión de fondo, confirmando como ajustada a derecho la STS Andalucía/Sevilla en fecha 30/Junio/2015 [rec. nº 1605/14].

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Sebastian Moralo Gallego, así como el voto particular que formula el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Fernando de Castro Fernandez, al que se adhiere el Excmo. Sr. Magistrado D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana, hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrada de la Administración de Justicia de la misma, certifico.