



Roj: **STSJ CANT 246/2008 - ECLI:ES:Tsjcant:2008:246**

Id Cendoj: **39075340012008100127**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Santander**

Sección: **1**

Fecha: **20/02/2008**

Nº de Recurso: **60/2008**

Nº de Resolución: **135/2008**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **JESUS MARIA MARTIN MORILLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CANTABRIA SALA SOCIAL

SANTANDER

SENTENCIA: 00135/2008

Rec. Núm. 60/08

Sec. Sra. Colvée Benlloch.

PRESIDENTE

Ilmo. Sr. D. Rubén López Tamés Iglesias

MAGISTRADOS

Ilma. Sra. D^a. Mercedes Sancha Saiz

Ilmo. Sr. D. Jesús M^a Martín Morillo

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria compuesta por

los Ilmos. Sres. citados al margen, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En Santander, a veinte de Febrero de dos mil ocho.

En el recurso de suplicación interpuesto por Robert Bosch España Fábrica de Treto S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Núm. Dos de Santander, ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. Jesús M^a Martín Morillo, quién expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos se presentó demanda por D^a. Lorenza , siendo demandados Robert Bosch España Fábrica de Treto S.A. y otros sobre contrato de trabajo, y en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 3 de octubre de 2.007 , en los términos que se recogen en su parte dispositiva.

SEGUNDO.- Como hechos probados se declararon los siguientes:

1º.- La actora, Lorenza , ha prestado servicios para la empresa demandada Robert Bosch España Fabrica de Treto, S.A. desde el 7 de julio de 1988 durante diversos periodos en virtud de distintos contratos temporales y ostentando la categoría profesional de Especialista (A-2).

2º.- El ultimo contrato temporal suscrito entre las partes finalizó el 23 de setiembre de 2004.



3º.- Las relaciones laborales de la empresa demandada se rigen por su propio Convenio Colectivo, que vigente para el periodo 2004 a 2006 obra en autos.

4º.- En el IV Convenio Colectivo de empresa, con vigencia durante 2004 a 2006, se pactó en su Anexo sexto lo siguiente: "Nueva normativa para la Bolsa de Trabajo para operarios, con la finalidad de establecerlos criterios de transparencia, justicia y equidad reclamada por todos los firmantes, recogiendo el criterio de antigüedad en el área (70% antigüedad y 30% criterios de Dirección) para su paso a fijos, y sin límite de permanencia en dicha Bolsa de Trabajo. Tal normativa se recoge en documento independiente debidamente firmado".

5º.- El día 27 de setiembre de 2006 la empresa comunicó: "La Dirección RBET comunica que, de acuerdo con lo pactado en el Convenio Colectivo vigente, a partir del próximo 1 de octubre de 2006 se procederá a realizar 40 contrataciones indefinidas de personal directo.

El criterio que, en este caso, se ha seguido para determinar los 28 contratos por antigüedad ha sido el de la matrícula (se adjunta la lista resultante).

Las fechas en que se irán efectuando tales pases a fijo estará en función de las circunstancias personales de los afectados, con el objetivo de obtener las bonificaciones/subvenciones legales posibles".

6º.- La demandante ha estado incorporada a la Bolsa de Trabajo para contrataciones temporales con el número de Matrícula 74146.

7º.- En el último listado de la Bolsa de Trabajo entregado por la empresa al comité de Empresa y publicado por éste, no figuraba la demandante.

8º.- En la relación de los 28 trabajadores para ser contratados por la empresa no figura la actora.

9º.- Conforme a su número de matrícula debería haber ocupado el segundo lugar.

10º.- A los solos efectos de este litigio, el salario que debería haber percibido la actora en función de su categoría profesional en la empresa asciende a 47,70 € diarios con prorrata de pagas extras.

11º.- Se ha celebrado el preceptivo acto de conciliación ante el ORECLA que se tuvo por intentado Sin efecto.

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandada, siendo impugnado por la parte contraria, pasándose los autos al Ponente para su examen y resolución por la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que, estimando la demanda, declara el derecho de la demandante a ser contratada con carácter indefinido con efectos de 1 de octubre de 2006 y condena a la empresa "ROBERT BOSCH ESPAÑA S.A." a abonar a la demandante, por el concepto de daños y perjuicios, una cantidad equivalente a los salarios dejados de percibir desde aquella fecha hasta la de su contratación efectiva, a razón de 47,40 euros diarios, se alza en suplicación la dirección letrada de la demandada, desde la doble perspectiva que autoriza el Art. 191 b) y c) de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobada por R.D-Legislativo 2/1995, de 7 de abril, para que se revise el relato fáctico y se examinen las infracciones de las normas sustantivas y de la jurisprudencia; solicitando, en definitiva, la integra desestimación de la demanda.

SEGUNDO.- Solicita la recurrente, en los dos primeros motivos, la revisión de los hechos que se declaran probados en la resolución recurrida, interesando concretamente la adición de dos nuevos ordinales para los que propone, respectivamente, los siguientes textos:

a) "los trabajadores contratados en el llamamiento a que se refiere la reclamación de la actora habían prestado servicios todos ellos, con posterioridad al año 2004, en el que la actora había suscrito su último contrato de trabajo".

b) "la representación legal de los trabajadores en su plataforma social para la discusión del nuevo convenio colectivo que debe sustituir al de aplicación en el caso de autos incorpora la pretensión de que se pacte una nueva normativa reguladora de la bolsa de trabajo".

La acreditación de los hechos que, como alternativa al relato fáctico de la instancia, se propone ha de basarse en la pura objetividad, circunstancia que no concurre en los de la litis, pues el documento que la parte invoca para sustentar la primera de las modificaciones es un listado producido unilateralmente por la propia parte recurrente, sin firmas que lo avalen o autentiquen y, por tanto, carece de naturaleza fehaciente porque no prueba la verdad por sí sola, pero es que, además, se trata de una reproducción reprográfica, cuyo valor probatorio, de acuerdo con el Art. 334.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se determinará según las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta el resultado de las demás pruebas y, siendo así que las sentencias del orden



social debe recoger los hechos que estime probados el Juez o Tribunal, es doctrina jurisprudencial reiterada en relación con el Art. 97-2 de la L.P.L., que la valoración de la prueba practicada es facultad privativa de los Tribunales, cuyas conclusiones reflejadas en los hechos probados deben prevalecer siempre y cuando se ajusten a lo prevenido en dicho artículo, no hallándose facultado este Tribunal, dado el carácter extraordinario del recurso, para llegar a una segunda convicción, salvo que se aprecie que hubo un error manifiesto en la valoración de la prueba llevada a cabo por el Juzgador de instancia, lo que no es el caso.

La segunda de las modificaciones interesadas resulta intrascendente para alterar el sentido del fallo, pues suscitándose cuestión sobre la interpretación que ha de darse a la cláusula de un convenio colectivo en vigor, la incorporación de una supuesta plataforma reivindicativa de los representantes de los trabajadores muy posterior al mismo, sobre adolecer de idénticos problemas de falta de identificación suficiente y de desconocimiento de su real extracción, constituyen simples matices, puntualizaciones o precisiones que no son idóneas para provocar una estimación del recurso, máxime si, como al presente sucede, el BOC de 26 de noviembre de 2007 publica el V convenio colectivo para el personal de Robert Bosch España Fábrica Treto, S.A., para el periodo 2007-2009, regulando expresamente, como más adelante se verá, la cuestión objeto del litigio.

TERCERO.- Se destina el tercero de los motivos, ahora al amparo de lo establecido el Art. 191 c) de la L.P.L., a denunciar la infracción, sin especificar si lo es por interpretación errónea o por aplicación indebida, de lo establecido en el anexo 6 del convenio colectivo de la empresa «Robert Bosch España Fábrica Treto, S.A.».

La cláusula debatida fue específicamente incluida en el anexo 6º, con ocasión de la negociación del IV convenio colectivo de empresa y prevé una "nueva normativa laboral para la Bolsa de Trabajo, con la finalidad de establecer los criterios de transparencia, justicia y equidad reclamados por todos los firmantes, recogiendo el criterio de antigüedad en el área (70% antigüedad y 30% criterios de la dirección) para su paso a fijos, y sin límite de permanencia en dicha Bolsa de Trabajo. Tal normativa se recoge en documento independiente debidamente firmado." En el propio anexo 6º se conviene que, durante la vigencia del convenio, la empresa realizara como mínimo 40 nuevas contrataciones con carácter indefinido de personal operario directo.

Considera la recurrente que dicha cláusula al venir incorporada en un anexo del convenio carece de la obligatoriedad normativa que se predica del articulado del mismo y, por otra parte, tal cláusula tendría, en todo caso, la naturaleza propia de un acuerdo para convenir, en el sentido de que obligaba a las partes a otorgar su consentimiento a una nueva normativa que ordenara el funcionamiento de la bolsa de trabajo de la empresa, pero en manera alguna se puede entender que incorpora criterios o directrices directamente ejecutables o que conlleve obligaciones que coarten la libertad de la empresa para disponer del funcionamiento de aquella Bolsa de Trabajo como considere oportuno, al no existir una normativa paccionada que discipline la materia.

Dos son, por tanto, las cuestiones que se suscitan en el motivo, la primera de las cuales atañe al valor normativo del anexo 6º del convenio colectivo, y respecto de ello cabe decir que, a pesar del nombre y lugar que ocupa en el acuerdo, estamos tratando de un convenio colectivo y, por consiguiente, tiene toda la fuerza vinculante normativa que le confiere a tal tipo de pactos el Art. 82.3 del Estatuto, y en toda su extensión, tal como ha venido señalando con reiteración tanto la Jurisprudencia Constitucional (SSTC 177/88, de 10 de Octubre ; 58/85, de 30 de Abril 210/90, de 20 de Diciembre, entre otras) como la de la Sala Social del TS (SSTS de 24 enero 1992 , y 29 abril 1993 , 4 de mayo de 1994 y 25de marzo de 1998 , entre otras).

Afirma esta jurisprudencia que una idea básica en el mundo jurídico laboral es la de que el convenio colectivo tiene plena fuerza vinculante entre las partes que lo han suscrito, de modo que viene a constituir la norma más directa y específica que regula las relaciones jurídico-laborales existentes entre ellas, por ser una verdadera fuente de derecho, tal como se desprende de lo que disponen el Art. 37.1 CE y los Art. 3.1.b) y 82 ET., y por consiguiente, se constituye en centro originador de los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral, - Art. 3.1.b) ET -. En tal sentido manifiesta la doctrina de unificación que " la garantía constitucional de la fuerza vinculante de los convenios colectivos implica la atribución a los mismos de una eficacia jurídica en virtud de la cual el contenido normativo de aquellos se impone a las relaciones de trabajo incluidas en sus ámbitos de aplicación de manera automática".

Así lo expresa por lo demás y de forma nítida el Art. 5 del IV convenio colectivo de la empresa Robert Bosch España Fábrica Treto, determinando que "el presente Convenio tiene fuerza normativa y, en consecuencia, obliga a la Empresa y trabajadores comprendidos en su ámbito por el plazo pactado", añadiendo a continuación en su Art. 8, bajo el enunciado de Eficacia total, que "si en el ejercicio de facultades que les corresponden, los organismos competentes, no aprobaran alguna de las cláusulas del Convenio, en especial las de carácter económico, éste quedaría sin eficacia debiendo reconsiderarse la totalidad de su contenido", cuya literalidad no autoriza otra interpretación sino que las condiciones pactadas forman un todo orgánico e indivisible, debiendo ser consideradas global y conjuntamente a efectos de su aplicación práctica. (Art. 82 , 83 y 85 del ET), pues el convenio colectivo, como negocio jurídico y como norma, constituye un todo unitario y no un conjunto aislado



de estipulaciones (STC 73/2984, de 11 de julio), no pudiendo aceptarse que determinadas partes del mismo, como el régimen de la bolsa de trabajo, puedan eludirse mediante el juego de la autonomía individual pues de lo contrario, recuerda la STC 105/1992, de 1 de julio, "se vendría abajo el sistema de la negociación colectiva que presupone, por esencia y conceptualmente, la prevalencia de la autonomía de la voluntad colectiva sobre la voluntad individual de los afectados por el Convenio".

Despejada la naturaleza normativa de la cláusula, la segunda discrepancia se cierne sobre el alcance del precepto transcrito. La Magistrada de instancia, después de tildar de defectuosa la redacción del precepto, considera que el debate de la litis se plantea sobre un extremo muy concreto, cual es determinar si las partes negociadoras alcanzaron algún compromiso en materia de contratación indefinida, para concluir con una respuesta positiva, después de razonar que no se firma un convenio colectivo para seguir negociando, sino que la parte social se avino a la introducción de la cláusula después de que la empresa aceptara que, al menos un 70% de las nuevas contrataciones indefinidas, se ajustara a estrictos criterios de antigüedad, reservándose para sí la empresa la facultad de establecer los criterios a seguir respecto del 30% restante.

En tal estado de cosas no se puede obviar la doctrina jurisprudencial generalizada (contenida, entre muchas otras, en las SSTs-Sala 1ª de 20 de enero de 2000, 23 de diciembre de 2003, 30 de diciembre de 2003, 25 de marzo de 2004, y 24 de noviembre de 2005) que sostiene que la interpretación de los contratos es competencia del Tribunal de instancia cuyo criterio, como más objetivo, ha de prevalecer sobre el del recurrente, salvo que aquella interpretación no sea racional ni lógica o ponga de manifiesto la notoria infracción de algunas de las normas que regulan la exégesis contractual... de tal manera que, en materia de interpretación de cláusulas de convenios y acuerdos colectivos, debe atribuirse un amplio margen de apreciación a los órganos jurisdiccionales de instancia, ante los que se ha desarrollado la actividad probatoria relativa a la voluntad de las partes y a los hechos concomitantes, y sólo puede ser revisable en esta sede extraordinaria cuando resulte absurda o contraria a la Ley, lo que no sucede en el presente caso, en que los términos de la manifestación de voluntad de las partes al establecer tanto los principios: transparencia, justicia y equidad, a los que debería ajustarse la normativa de reguladora de la Bolsa de Trabajo como los criterios para hacerlos realidad, son inequívocos en el sentido de que aquellos se atenderán "al criterio de antigüedad en el área (70% antigüedad y 30% criterios de al dirección) para su paso a fijos" y, por consiguiente, siendo claros los términos empleados por los negociadores, habrá de estarse a la voluntad expresada según el sentido literal de la cláusula, puesto que el primer canon de interpretación de los contratos es "el sentido propio de sus palabras" a que se refiere el Art. 3.1 Código civil y el "sentido literal de sus cláusulas" de que habla el Art. 1281 del propio texto legal, pues palabras e intención de los contratantes constituyen "la principal norma hermenéutica" del contrato (SSTs de 29 de septiembre de 1986; 15 de abril de 1988; 20 de marzo de 1990 y de 25 de enero de 2005, entre otras).

Que tal era la voluntad de las partes al pactar aquella condición deriva asimismo de una interpretación lógica y sistemática del precepto debatido, pues las cláusulas de los contratos deben interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas (Art. 1.285 del Código civil). En este caso, resulta incuestionado que la empresa tenía establecida una bolsa de trabajo a la que recurría para concertar los contratos de duración determinada y en ella los trabajadores inscritos aparecían ordenados por orden de antigüedad conforme un número de matrícula. Tal bolsa de trabajo venía funcionando conforme a criterios predispuestos unilateralmente por el empresario, como ya se constataba en la sentencia de la Sala de 4 de Mayo de 2007, de tal modo que una vez seleccionados los trabajadores eventuales, estos se incluían ordenadamente en una lista según la puntuación obtenida y los llamamientos de los trabajadores inscritos se iban realizando siguiendo el orden establecido de forma rotatoria de manera que, una vez que el trabajador finalizaba un contrato de carácter temporal, se reincorporaba a la bolsa, ocupando el último lugar (folios 134 y ss. de las actuaciones).

Pues bien; en el supuesto de autos las partes convinieron establecer unos principios ordenadores de la bolsa, con el fin de superar un funcionamiento que se estimaba insatisfactorio por ambas partes negociadoras, estableciendo que, en todo caso, para las 40 contrataciones indefinidas que como suelo mínimo de la contratación se iban a realizar durante la vigencia del IV convenio colectivo 2004-2006, un determinado porcentaje, el 70%, se ajustaría a estrictos criterios de antigüedad; tal es la única inteligencia posible del anexo 6º, pues si así no fuera, habría que convenir con la Juzgadora a quo, que tal cláusula carece de sentido ya que su único objeto consistiría en la convalidación de una práctica de empresa que los trabajadores encontraban poco equitativa, poco justa y, en cualquier caso, carente de transparencia y porque, en definitiva, como afirma la STS de 27 de diciembre de 2007 el convenio no puede servir al mismo tiempo para establecer una condición y a la vez para dejarla sin efecto, pues en tal caso aquel instrumento normativo sería inoperante.

La misma conclusión se alcanza si, junto al sentido literal de la cláusula, para deducir la común la intención de los contratantes, atendemos a los actos previos, coetáneos y posteriores de los mismos, conforme aquella doctrina jurisprudencial que considera que el Art. 1281 forma con el Art. 1282 del Código civil un conjunto



orgánico, de manera que ambos se completan (SSTS-Sala I de 26 de mayo de 1965 y 31 de enero de 1.997); y en tal sentido, hay que traer a colación lo que, sobre el particular aquí debatido, se dice en el Art. 22.2 del nuevo convenio colectivo de Robert Bosch España Fábrica Treto que textualmente reza: "durante la vigencia del V Convenio Colectivo , si las circunstancias económicas, productivas y organizativas lo permiten, y en función del índice de temporalidad que se vaya produciendo, la Dirección analizará las posibilidades de llevar a cabo contrataciones indefinidas de personal directo. Las contrataciones indefinidas de personal directo se realizarían conforme a criterios de matrícula y de Dirección, en una proporción de 70-30 (70% n° de matrícula antigua y 30% a decisión de la Dirección)". Se convalida así aquella pauta de comportamiento que se había establecido en el anexo 6º del IV convenio, cuya plasmación practica fue el proceso de selección seguido por la empresa en el mes de septiembre de 2006 (ordinal quinto), con la salvedad de que entre los 28 trabajadores de matricula, que correspondían al porcentaje del 70% sobre las 40 contrataciones comprometidas, se obvio a la recurrente pese a su preferente número de matricula y, en consecuencia, el motivo debe ser desestimado.

CUARTO.- El motivo cuarto del recurso denuncia la infracción de lo previsto en los Arts. 1.254 , 1.261 y 1.273 del Código civil . Argumenta la recurrente que en el caso que nos ocupa no se llevo a suscribir, como resulta evidente, contrato alguno y que la mera pertenencia a la bolsa de trabajo tampoco comporta la existencia de un precontrato.

En relación con la aplicación de los preceptos denunciados como infringidos, el Tribunal Supremo tiene declarado, según expone la sentencia de la Sala de 4 de febrero de 2007 en un supuesto análogo al ahora analizado, lo siguiente:

1) Aunque no contiene el Estatuto una regulación del precontrato de trabajo, la posibilidad de concertarlo debe ser admitida. El silencio de dicha norma ha de ser suplido, a tenor del artículo 4.3 del Código Civil , por lo previsto en las disposiciones de éste, que en su artículo 1255 y concordantes admite una amplia libertad contractual que permite que las partes se comprometan a un ulterior otorgamiento del contrato, mediante una oferta en tal sentido aceptada (STS de 15 de marzo de 1991).

2) Los efectos del incumplimiento del contrato por parte de la empresa en el Estatuto de los Trabajadores, no tienen en el incumplimiento del precontrato otro valor que el de un punto de referencia, meramente orientativo, para, en unión de otros factores, de mayor relieve, determinar los efectos del incumplimiento a tenor de los artículos 1101 y concordantes del Código Civil .

3) Cuando se demuestra que existió una relación jurídica precontractual o prenegocial, equivalente a un precontrato de trabajo, dicho acuerdo entre empresa y trabajador tiene naturaleza laboral -y no civil- (sentencias de 9 de marzo y 2 de mayo de 1984); habiéndose admitido tal posibilidad en nuestro derecho (sentencia de 17 de marzo de 1979), y si dicho precontrato se incumple por la empresa, ésta incurre en culpa "in contrabando" (sentencia de 16 de diciembre de 1976); y por imperativo de lo previsto en los artículos 1101 y 1103 y concordantes del Código Civil , está obligada a la indemnización de los daños y perjuicios causados al trabajador (STS de 30 de octubre de 1988).

4) Para condenar al pago de daños y perjuicios es preciso que se pruebe su existencia y que fueron originados por el acto ejecutado u omitido (sentencias de 29 de noviembre de 1926 ; 20 de marzo de 1933 ; 9 de enero de 1952 y 10 de abril de 1954); en todo caso, los Tribunales tienen la facultad de moderar la indemnización correspondiente, tal y como prevé el artículo 1103 del Código Civil (sentencias de 3 de abril de 1996 ; 14 de mayo de 1955); es preciso que el trabajador alegue adecuadamente en su demanda las bases y elementos claves de la indemnización que reclama (sentencias de 9 de junio de 1993 ; 22 de julio de 1996 y 20 de enero de 1997).

5) La reclamación de daños y perjuicios por parte del trabajador sólo será viable cuando éste se hubiera puesto a disposición del empresario con objeto de reclamar el cumplimiento del precontrato; puesto que el trabajador debe mostrar su declaración de voluntad de cumplir con su obligación de trabajar; como se desprende del carácter sinalagmático de la obligación salarial prevista en el artículo 26.1 del Estatuto de los Trabajadores (sentencia de 21 de julio de 1992).

Como enseña la doctrina la esencia del llamado precontrato, contrato preliminar o preparatorio, o "pactum de contrahendo" es la de constituir un contrato por virtud del cual las partes se obligan a celebrar posteriormente un nuevo contrato (el llamado contrato definitivo) que, de momento, no quieren o no pueden celebrar, por lo que la expresada figura contractual del llamado precontrato, dicho con frase gráfica, consiste en un "quedar obligado a obligarse".

En el supuesto debatido, consta acreditado en autos, que la empresa "Robert Bosch" sigue unas reglas de origen paccionado para realizar las contrataciones indefinidas, basadas en la existencia de una bolsa de trabajo, que se constituye con aquellos candidatos que habiendo superado las pruebas selectivas convocadas



al efecto y se ordena conforme a un riguroso número de matrícula, estableciendo el anexo 6º del IV convenio colectivo que la contratación de carácter no fijo se realizará, en un 70 % de las contrataciones previstas, aplicando estrictamente el orden de antigüedad en la matrícula. El compromiso así adquirido por la empresa demandada de incorporar a su plantilla a los trabajadores con los números de matrícula más antiguos, constituye un acuerdo válido, que obliga a su cumplimiento a tenor de los Arts. 1.254 y concordantes del Código Civil y, por consiguiente, limitada de esta forma la autonomía de la voluntad de la recurrente para seleccionar a sus empleados, con el fin de hacer efectivos los principios de equidad, justicia y transparencia a que se refiere la cláusula cuestionada, la decisión empresarial de no contratar a la Sra. Lorenza , desconociendo el compromiso asumido de acudir a la bolsa de trabajo y respetar el orden de llamamientos establecido, constituye una violación de aquella promesa de contrato, y es el incumplimiento de esta obligación de respetar el preferente derecho de la demandante, contrariando los principios de la buena fe contractual y de confianza legítima, el que genera la responsabilidad de indemnizar los daños y perjuicios, conforme determina el Art. 1.101 del Código civil .

QUINTO.- En el correlativo del recurso se afirman vulnerados los Arts. 38 y 20 del Estatuto de los Trabajadores . Reitera la recurrente las tesis ya analizadas en relación con la naturaleza de la cláusula debatida, sobre si la misma constituye o no una norma o compromiso exigible, ahora desde la perspectiva de la facultades de organización y dirección del empresario.

Ante ello se ha de recordar una vez más que al presente no nos encontramos en presencia de una "mera declaración de intenciones de la recurrente, generadora de una expectativa de derecho para la hoy demandante, cuyo incumplimiento es jurídicamente irrelevante porque aquella declaración no fue un precontrato", como se afirma en el recurso, sino que lo que aquí se trata es de un convenio colectivo que, como toda norma jurídica, obliga a todos los incluidos dentro de su ámbito de aplicación, ya se hable del empresario ya se hable de los trabajadores, durante todo el tiempo de su vigencia (Art. 86.1 del E.T .), y si, como sucede en este caso, la norma convencional ha previsto que un 70% de los contratos de duración indefinida que se celebren por la empresa durante la vigencia del convenio se concierten siguiendo el orden de matrícula de la bolsa de trabajo, es obvio, como acertadamente ha decidido la sentencia de instancia, que la actuación unilateral del empresario tratando de excluir a la trabajadora demandante a pesar de poseer un número de matrícula superior a la mayor parte de los trabajadores seleccionados, supone ignorar dicha regla general del convenio y, por ende, vulnerar la eficacia que le atribuye el Art. 82.3 del Estatuto de los Trabajadores .

Tal aseveración no orilla el principio de libertad de empresa, pues aunque es cierto que las facultades dirección, control y organización de la actividad laboral es competencia del empresario, tal como se deduce de lo dispuesto en los artículos 1.1 , 5.c) y 20.1 del E.T ., también es verdad que a través de la negociación colectiva desarrollada entre los representantes de los trabajadores y del empresario, en el ejercicio de su autonomía colectiva (Art. 82.1 del E.T .), pueden establecerse ciertos límites a aquellos poderes de dirección y entre ellos, siempre que no desnaturalicen la esencia del contrato de trabajo, la sujeción de la contratación laboral a determinadas pautas de merito y capacidad, expresadas a través de la ordenación de una bolsa de trabajo, que entonces ya no puede tener la consideración de un mero ejército de reserva a la libre disposición del empresario como pretende la recurrente, una vez que la misma ha sido elaborada con los aspirantes que han superado determinadas pruebas selectivas y han cumplido con éxito una serie de contratos de trabajo temporales.

SEXTO.- Siguiendo el orden en que han sido formulados, se dirige el siguiente motivo del recurso a denunciar la vulneración de la doctrina de la Sala contenida en su sentencia de 4 de mayo de 2007 . Considera la parte que, al igual que aconteció en el supuesto que allí se examinaba, tampoco en el presente aparecen debidamente acreditados los daños a cuya indemnización se le condena puesto que la actora ni alega ni justifica los perjuicio materiales o morales que se le hayan podido inferir; tampoco se ha practicado ningún tipo de prueba dirigida a poner de manifiesto que estaba interesada en ser contratada con carácter indefinido y, finalmente, tampoco se han establecido ni en la demanda ni en el acto del juicio oral las bases y elementos claves de la indemnización que se reclama.

Se dirige, en definitiva, el motivo a denunciar la aplicación indebida y la interpretación errónea del Art. 1.101 del Código civil y de la jurisprudencia y, al respecto, es conveniente decir, en primer lugar, que el 1.124 del Código Civil permite apreciar que, en caso de incumplimiento por una de las partes, la cumplidora puede optar entre exigir el cumplimiento o la resolución de lo pactado, con el correspondiente resarcimiento del daño en ambos casos; en segundo término, que no cabe omitir la declaración fáctica, contenida en el ordinal undécimo, respecto a que la actora intereso la conciliación ante el ORECLA, "que se tuvo por intentado sin efecto" y, por último, que es jurisprudencia reiterada (SSTS de 22-V-1995 y 26-III-97) la que advierte que la cuantificación de las indemnizaciones le corresponde hacerla a los Tribunales de instancia de modo discrecional en atención a las circunstancias concurrentes en el caso, y solo excepcionalmente serán revisables en vía de recurso cuando se combatan adecuadamente las bases en que se apoya dicha cuantificación.



Partiendo de estas consideraciones, no cabe duda que el lucro cesante o las ganancias frustradas vendrán dadas, en el caso de autos, por los salarios que debería de haber percibido la trabajadora en función de lo establecido en el convenio colectivo para un puesto de trabajo o categoría equivalente a computar desde la fecha de efectos de la frustrada contratación, por ser este el dato objetivo que permite presumir cual hubiera sido el beneficio que hubiera obtenido la actora (ordinal décimo), y al hacerlo así la Magistrada de instancia no actuó arbitrariamente ni tampoco cometió la infracción que denuncia la recurrente, quien, de prosperar su criterio, vería premiada su arbitrariedad con la exención de la obligación de indemnizar.

Por otra parte, la jurisprudencia española dominante (SSTS-Sala I de 16 de octubre de 1965 , 1 de julio de 1950 , 2 de febrero de 1959 , 26 de marzo de 1965 y 13 de diciembre de 1989 y 29 de julio de 1996) se ha inspirado en la concepción de que el precontrato es la fase inicial de un contrato de formación sucesiva con unidad funcional y voluntad única, dejando esta etapa preparatoria ya vinculadas a las partes de forma que basta actuar la facultad de poner en funcionamiento el contrato proyectado para que éste sea exigible y produzca sus efectos típicos de manera que, en caso de negativa de una de las partes, el Juez pueda suplir el consentimiento del obligado, puesto que la consumación del contrato no requiere una nueva y específica declaración de voluntad por haber sido prestado el suficiente consentimiento al perfeccionarse el contrato inicial: esto es, el precontrato o contrato preliminar obliga como el llamado contrato definitivo, de tal manera que el cumplimiento forzoso sólo se reemplazará por la correspondiente indemnización, cuando el contrato definitivo no sea posible otorgarlo.

SEPTIMO.- A continuación, se aduce que la sentencia recurrida violaría el Art. 24 de la Constitución Española . Así planteado el motivo la Sala no advierte violación alguna, pues como ya señalaba en la STS de la Sala de 28 de noviembre de 2007 , ante un supuesto análogo al que ahora analizamos, tales razones no deben ser atendidas porque en la demanda se postulaba no solo el derecho de la actora a su contratación indefinida desde el 1-10-06, sino también el abono de los salarios dejados de percibir desde la indicada fecha, a razón del salario/día previsto convencionalmente para la categoría de especialista. En autos constan las nóminas de salarios que percibía la actora referidos al último contrato temporal, su categoría de especialista y la última retribución percibida, datos todos ellos conocidos por las partes y que podían haber sido impugnados o contradichos por la demandada.

Pero es que, además de no haber habido infracción de norma procesal en la determinación del salarios y en la posterior indemnización, para que se produzca la invocada indefensión con la sucesiva nulidad de la resolución, se precisa no solo una indefensión formal sino indefensión material que suponga vulneración del Art. 24 de la Constitución (SSTC 161/1985, de 29 de noviembre y 148/1989, de 5 de Octubre) y, en el presente supuesto, ninguna base existe para considerar vulnerado el Art. 24 de la C.E , ya que la sentencia está fundada en derecho, está razonada y es razonable, otra cosa es que no haya dado la razón al actor, pero ello no se erige como infracción constitucional.

Efectivamente conforme razona la sentencia recurrida, una vez constatado que la empresa actuó sin respetar el derecho de la Sra. Lorenza a ser contratada con carácter indefinido, a la luz del anexo 6º del convenio colectivo de empresa, acuerdo publicado en el B.O.C. el 11 de marzo de 2005, surge el derecho de la misma a percibir una determinada indemnización de daños y perjuicios, una vez que la actora no había renunciado a ningún contrato ni se le ofertó ningún tipo de contratación por la empresa demandada, cuya concreción no puede ser otra que los salarios dejados de percibir conforme la asignación fijada para su categoría en el convenio colectivo.

Procede, en consecuencia, confirmar la Sentencia impugnada, al no haberse cometido por la Magistrada de Instancia, las infracciones denunciadas.

OCTAVO.- Procede la imposición de las costas a cargo de la empresa recurrente de conformidad con lo previsto en el Art. 233 de la Ley de Procedimiento Laboral , en las que se incluirán en concepto de honorarios del Letrado de la parte recurrida, impugnante del recurso, la cantidad de 600 euros.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación al caso.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por el letrado de la empresa «Robert Bosch España Fábrica Treto, S. A.» frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Santander (Autos 401/07) de fecha 3 de octubre de 2007 en los autos seguidos a instancia de D^a Lorenza contra la recurrente y otros 27 trabajadores, sobre declaración de derechos, confirmamos la sentencia de instancia íntegramente. Todo ello con expresa condena en costas a la recurrente, en las que se incluirán en concepto de honorarios del Letrado de la parte recurrida, impugnante del recurso, la cantidad de 600 euros.



Notifíquese esta sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia, previniéndoles de su derecho a interponer contra la misma recurso de casación para unificación de doctrina, para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, dentro del plazo de diez días hábiles contados a partir del siguiente al de su notificación. Debiendo acreditar la parte demandada, si recurriere, mediante resguardo entregado en la Secretaría de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al tiempo de personación, la consignación de un depósito de 300,51 Euros (50.000 pesetas) en la entidad de crédito BANCO BANESTO, sucursal de MADRID C/ Barquillo núm. 49, oficina 1006 con el nº. de Cuenta 2410, para la Sala Social del Tribunal Supremo.

Devuélvanse, una vez firme la sentencia, los autos al Juzgado de procedencia, con certificación de esta resolución, y déjese otra certificación en el rollo a archivar en este Tribunal.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ