



Roj: STS 3221/2014  
Id Cendoj: 28079130042014100206  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso  
Sede: Madrid  
Sección: 4  
Nº de Recurso: 3677/2012  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN  
Ponente: LUIS MARIA DIEZ-PICAZO GIMENEZ  
Tipo de Resolución: Sentencia

### **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Julio de dos mil catorce.

Visto por la Sala Tercera, Sección Cuarta del Tribunal Supremo constituida por los señores al margen anotados el presente recurso de casación con el número 3677/12 que ante la misma pende de resolución, interpuesto por la representación procesal de D. Rogelio contra sentencia de fecha 13 de julio de 2012 dictada en el recurso 567/09 por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid . Siendo parte recurrida FERTIBERIA, S.A., y El ABOGADO DEL ESTADO, en la representación que ostenta.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La sentencia recurrida contiene parte dispositiva del siguiente tenor: "FALLAMOS.- Que desestimamos el Recurso contencioso-administrativo promovido por D. Rogelio contra la Resolución del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de fecha 14 de abril del año 2009, reseñada en el Fundamento de Derecho primero, todo ello sin costas".

**SEGUNDO.-** Notificada la anterior sentencia, la representación procesal de D. Rogelio , presentó escrito ante la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid preparando el recurso de casación contra la misma. Por Diligencia de Ordenación la Sala tuvo por preparado en tiempo y forma el recurso de casación, emplazando a las partes para que comparecieran ante el Tribunal Supremo.

**TERCERO.-** Recibidas las actuaciones ante este Tribunal, la parte recurrente, se personó ante esta Sala e interpuso el anunciado recurso de casación, expresando los motivos en que se funda y suplicando a la Sala: "... estimando el recurso contencioso-administrativo instado en su día frente a la Resolución del Ministerio de Trabajo e Inmigración de 14 de abril de 2009, declarándola no conforme a Derecho, acumulándola y dejándola sin efecto".

**CUARTO.-** Teniendo por interpuesto y admitido el recurso de casación por esta Sala, se emplazó a las partes recurridas para que en el plazo de treinta días, formalizaran escrito de oposición, lo que realizó El Abogado del Estado oponiéndose al recurso de casación y suplicando a la Sala: "... en su día dictar sentencia por la que desestime el recurso e imponga las costas del mismo al recurrente".

Asimismo, la representación procesal de Fertiberia, S.A., en su escrito de oposición suplica a la Sala: "... se confirme íntegramente la Sentencia nº 636 dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, de fecha 13 de julio de 2012 , y, por tanto, la validez y eficacia de la Resolución Administrativa impugnada de fecha 20 de mayo de 2002, dictada por la DGT, Subdirección de Relaciones Laborales del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, autorizando la extinción de 234 contratos de trabajo, en los términos previstos en la misma, así como la afectación y extinción del contrato del recurrente D. Rogelio ".

**QUINTO.-** Evacuado dicho trámite, se dieron por conclusas las actuaciones, señalándose para votación y fallo la audiencia el día 15 de julio de 2014, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Luis Maria Diez-Picazo Gimenez, Magistrado de la Sala

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El presente recurso de casación es interpuesto por la representación procesal de don Rogelio contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 3ª) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13 de julio de 2012 .

El asunto tiene origen en la resolución de la Dirección General de Trabajo de 20 de mayo de 2002, confirmada en alzada por resolución del Ministerio de Trabajo de 14 de abril de 2009, por la que se autorizó un pacto de **despido** colectivo en la empresa Fertiberia S.A. Entre los trabajadores afectados se encontraba el recurrente, que ocupaba el puesto de Técnico Superior en el Servicio de **Prevención** de la empresa. Disconforme con ello, acudió a la vía jurisdiccional, alegando que en virtud del art. 30.4 de la Ley 31/1995, sobre **Riesgos** Laborales , los miembros del Servicio de **Prevención** -que por imperativo del citado cuerpo legal debe existir en la empresa- gozan de las mismas garantías que el art. 68 del Estatuto de los Trabajadores reconoce a los miembros del Comité de Empresa; y una de esas garantías, recogida en el apartado b) del mencionado precepto, es tener "prioridad de permanencia en la empresa o centro de trabajo respecto de los demás trabajadores, en los supuestos de suspensión o extinción por causas tecnológicas o económicas". Así, según el recurrente, su inclusión entre los trabajadores afectados por el pacto de **despido** colectivo supuso una vulneración de la garantía establecida en el art. 68.b) del Estatuto de los Trabajadores .

La sentencia ahora impugnada rechaza esta pretensión y confirma la validez de las resoluciones administrativas recurridas, con base en la siguiente argumentación:

*De los artículos transcritos no cabe duda de que los miembros del Servicio de **Prevención** de **Riesgos** Laborales de una determinada empresa o centro de trabajo gozan de prioridad respecto de los demás trabajadores en los casos de **despidos** colectivos.*

*Ahora bien, la Sala 3ª del Tribunal Supremo tiene reiteradamente declarado que el derecho prioritario a la permanencia en el trabajo que en el caso de **despidos** colectivos reconocen los preceptos citados a los representantes de los trabajadores y por extensión a los miembros de los Servicios de **Prevención**, es la plasmación en el Estatuto de los Trabajadores para estos supuestos del derecho fundamental a la libertad sindical recogido en el artículo 28 de la Constitución , y que si bien este derecho no es absoluto, tampoco puede ser aplicado exigiendo al representante legal afectado que pruebe más allá de lo que está a su alcance y posibilidades la existencia de otros trabajadores con la misma edad y categoría profesional que la suya que no resultan afectados por el expediente de regulación de empleo.*

*La prueba de que existen otros trabajadores en el Servicio de **Prevención** en el que se integraba el recurrente de su misma edad ( porque la edad igual o superior a 55 años era uno de los criterios para la elección de los trabajadores afectados por el ERE según el acuerdo al que llegaron las partes ), toda vez que los otros miembros de aquel Servicio tenían una edad inferior a la reseñada, no se ha producido, y de otra parte tampoco está acreditado que el señor Armando , que pasó a ser Técnico Superior en el Servicio de **Prevención** tras el ERE, tenga 55 años o más.*

Los dos Técnicos Medios del Servicio de **Prevención** de una parte no contaban con 55 años o más, que es uno de los criterios legítimos y aceptados por todos para ser incluido entre los afectados por el ERE, y de otra parte gozaban, al igual que el recurrente, de las garantías recogidas en el artículo 30.4 de la Ley 31/1995 , por lo que en definitiva no podían ser afectados por el ERE antes que el recurrente señor Rogelio .

*Por otra parte no es aceptable la tesis del demandante que de su puesto de trabajo de Técnico Superior en el Servicio de **Prevención** debía ser necesariamente amortizado una vez acordada la inclusión de aquel entre los trabajadores afectados por el ERE, porque en tal caso el Servicio de **Prevención** en cuestión no podría funcionar, lo que sería contrario a la Ley 31/1995, de **Prevención** de **Riesgos** Laborales.*

*Finalmente no se aprecia que el pase Don Armando al Servicio de **Prevención** como Técnico Superior sea contrario a Derecho, no solo por lo acabado de exponer sino porque como ya se ha dicho, no está acreditado por el demandante que aquel tenga 55 años o más, en cuyo caso sí cabría hablar de discriminación y arbitrariedad, por lo que se desestima el Recurso.*

**SEGUNDO.-** Se funda este recurso de casación en dos motivos, formulados ambos al amparo del art. 88.1.d) LJCA . En el motivo primero, se alega infracción de los arts. 30.4 de la Ley de **Riesgos** Laborales y 68.b) del Estatuto de los Trabajadores , sosteniéndose que la interpretación dada por la Sala de instancia a la garantía de prioridad no es ajustada a derecho. Y en el motivo segundo, se denuncia vulneración de los

arts. 6 y 7 del Código Civil , para afirmar que el comportamiento de la empresa Fertiberia S.A., consistente en incluir al recurrente entre los trabajadores afectados por el pacto de **despido** colectivo, constituye fraude de ley y abuso de derecho.

**TERCERO.-** En su escrito de oposición pide el Abogado del Estado que, en aplicación de lo previsto por el art. 93 LJCA , los dos motivos en que se basa este recurso de casación sean declarados inadmisibles. Afirma que ambos, lejos de combatir la sentencia impugnada, se limitan a reproducir lo argumentado en la instancia.

Esta solicitud no está justificada con respecto al motivo primero, pues en él se disiente razonadamente del modo en que la sentencia impugnada interpreta el art. 68.b) del Estatuto de los Trabajadores y, en ese sentido, mantiene que ha habido una incorrecta aplicación de dicho precepto legal. Y que éste es relevante para la solución del litigio, habida cuenta de las circunstancias del asunto, es algo que ni las partes ni la Sala de instancia ponen en cuestión.

No ocurre lo mismo, en cambio, en lo atinente al motivo segundo, ya que el pretendido fraude de ley y abuso de derecho no fue tratado por la sentencia impugnada, sin que nadie haya alegado que ello suponga incongruencia omisiva. De aquí se infiere que estamos en presencia de una cuestión nueva y, sobre todo, que su planteamiento no sirve para desvirtuar lo dicho y resuelto por la sentencia impugnada. Debe concluirse, así, que el motivo segundo de este recurso de casación resulta inadmisibile.

**CUARTO.-** Abordando ya el motivo primero -único sobre el que, a la vista de lo dicho, procede ahora pronunciarse- es importante recordar, ante todo, que el art. 30.4 de la Ley de **Riesgos** Laborales declara que las garantías establecidas por el art. 68 del Estatuto de los Trabajadores para los miembros del Comité de Empresa son igualmente aplicables a los miembros del Servicio de **Prevención**. El problema es, así, determinar el significado y alcance de la letra b) del citado art. 68 del Estatuto de los Trabajadores , cuyo enunciado fue transcrito más arriba.

La sentencia impugnada dice que la referida garantía no constituye un derecho absoluto del trabajador. Esto probablemente es cierto; pero, dicho en términos tan genéricos como los empleados por la Sala de instancia, resulta poco claro. El problema, en efecto, no es si dicha garantía debe ceder ante otros derechos o intereses, sino cuáles son esos derechos o intereses (privados o públicos) que, llegado el caso, pueden hacer legalmente ineficaz la prioridad de permanencia en la empresa garantizada a ciertas categorías de trabajadores por el art. 68.b) del Estatuto de los Trabajadores . Y sobre este crucial extremo prácticamente nada se dice en la sentencia impugnada. Ésta, como se vio más arriba, se limita a dar por supuesto que la prioridad de permanencia sólo habría podido operar si se hubiera probado que en el Servicio de **Prevención** había otros trabajadores de más de cincuenta y cinco años; y ello porque esta edad mínima fue adoptada como criterio para delimitar los afectados por el pacto de **despido** colectivo. Ahora bien, este modo de razonar no es convincente, al menos por dos razones.

Por un lado, no es cierto -contrariamente a lo que, de manera implícita pero inequívoca, da por supuesto la sentencia impugnada- que cualquier objetivo razonable perseguido por un pacto de **despido** colectivo pueda operar como límite a la garantía de prioridad en la permanencia regulada en el art. 68.b) del Estatuto de los Trabajadores . Tan es así que dicho precepto legal comienza afirmando que los miembros del Comité de Empresa tendrán las garantías que luego se enumeran "a salvo de lo que se disponga en los convenios colectivos". Ello significa que las circunstancias legalmente idóneas para enervar la eficacia de esas garantías deben estar previstas en el correspondiente convenio colectivo; algo que no consta que concurriese en el presente caso. Lo único que aquí consta es que uno de los criterios recogidos en el pacto de **despido** colectivo para delimitar el círculo de trabajadores afectados fue tener edad superior a cincuenta y cinco años. Pero, aun cuando este criterio pueda ser razonable -extremo sobre el que esta Sala nada tiene que decir-, es lo cierto que no se trata de una salvedad o excepción establecida en el correspondiente convenio colectivo, tal como prevé el párrafo inicial del art. 68 del Estatuto de los Trabajadores .

Por otro lado, incluso si se admitiese que la edad mínima de cincuenta y cinco años establecida en el pacto de **despido** colectivo es una circunstancia legalmente idónea para excluir la eficacia de la garantía de prioridad de permanencia en la empresa, no bastaría con comprobar -tal como se hace en la sentencia impugnada- que el miembro del Servicio de **Prevención** tiene una edad superior a aquélla. Para que dicha garantía no quede desvirtuada, sería necesario acreditar que todos los puestos de trabajo del mismo nivel que el ocupado por el recurrente -y, por tanto, todos los puestos de trabajo ocupados por personas legalmente habilitadas para ser el Técnico Superior del mencionado Servicio de **Prevención**- habían de ser suprimidos por causas tecnológicas o económicas; algo que no sólo no ha sido demostrado, sino que de la lectura de la sentencia impugnada resulta que no sucedió. Téngase en cuenta que la garantía del art. 68.b) del Estatuto de

los Trabajadores tiene como finalidad poner a reparo a determinados trabajadores que desempeñan, en interés colectivo, funciones particularmente delicadas y potencialmente conflictivas con el empleador. Partiendo de esta premisa, no es difícil comprender que debe rechazarse una interpretación del citado precepto legal que, como la seguida por la Sala de instancia, permite la ineficacia de la garantía de prioridad de permanencia en supuestos distintos de aquél en que deban ser suprimidos todos los puestos de trabajo correspondientes a la categoría del trabajador protegido por esa misma garantía; y ello porque tal interpretación implica privar al art. 68.b) del Estatuto de los Trabajadores de la finalidad que persigue.

Por todo lo expuesto, el motivo primero de este recurso de casación debe ser estimado, con la consiguiente anulación de la sentencia impugnada.

**QUINTO.-** De conformidad con el art. 95.2.d) LJCA , procede ahora resolver el litigio en los términos en que ha quedado planteado. Es claro, a la vista de cuanto queda expuesto, que las resoluciones de la Dirección General de Trabajo de 20 de mayo de 2002 y del Ministerio de Trabajo de 14 de abril de 2009 no son ajustadas a derecho, naturalmente en lo que al recurrente afecta. De aquí que deba estimarse el recurso contencioso-administrativo promovido contra las mismas, en la medida en que éstas autorizaron la inclusión del recurrente entre los trabajadores afectados por el pacto de **despido** colectivo de la empresa Fertiberia S.A.

A este respecto, es importante hacer una aclaración: en su escrito de demanda, el recurrente pidió no sólo la anulación de las resoluciones administrativas recurridas, sino también que se declare que su **despido** es nulo. Esto último es algo que excede de la jurisdicción contencioso-administrativa. En esta sede, debemos limitarnos a declarar que las resoluciones administrativas en que se apoyó el pacto de **despido** colectivo de Fertiberia S.A. no son conformes a derecho en lo que afecta a don Rogelio y, por consiguiente, que ninguno de los efectos de aquéllas le resultan aplicables.

**SEXTO.-** Con arreglo al art. 139 LJCA , no procede hacer imposición de las costas.

## FALLAMOS

**PRIMERO.-** Ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Rogelio contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 3ª) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13 de julio de 2012 , que anulamos.

**SEGUNDO.-** En su lugar, estimando parcialmente el recurso contencioso-administrativo promovido por la representación procesal de don Rogelio , declaramos la nulidad de las resoluciones de la Dirección General de Trabajo de 20 de mayo de 2002 y del Ministerio de Trabajo de 14 de abril de 2009 en lo que afectan al recurrente.

**TERCERO.-** No hacemos imposición de las costas.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Segundo Menendez Perez D. Luis Maria Diez-Picazo Gimenez Dª Maria del Pilar Teso Gamella D. Jose Luis Requero Ibañez D. Ramon Trillo Torres **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Luis Maria Diez-Picazo Gimenez, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Secretario, certifico.