

## 4. Administración de Justicia

### TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

*Edicto de 17 de enero de 2017, de la Sala de lo Social de Granada, dimanante de autos núm. 5/16.*

NIG: 1808734S20161000007.

Negociado: MH.

Recurso: Pieza Ejecución Provisional 5.1/16.

Recurrente: Carmen Nieto Rubio, José Ángel García Pastor, José Luis Corral López, Ana Belén Martínez Parra, Rosario Vázquez Zamora, José Ignacio Vélez Fernández, Rubén Jesús de la Torre, María Olle Fernández, Fernando Pujol Conejo, Rafael Rivera Blancas, Ernesto Alvea Rojas, María Elena Morón Serna, Lidio Ramírez Calle y Guillermo Hernández Tosco.

Representante: Carlos García Quílez Gómez.

Recurrido: Comité Intercentros de la Agencia de Vivienda y Rehabilitación de Andalucía de UGT, Comité Intercentros de la Agencia de Vivienda y Rehabilitación de Andalucía de SITE y Comité Intercentros de la Agencia de Vivienda y Rehabilitación de Andalucía de CC.OO.

### EDICTO

Doña Laura Tapia Ceballos, Letrada de la Administración de Justicia de Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Social sede de Granada, CERTIFICO: En la Demanda de Sala 5/16 seguido a instancia de Carmen Nieto Rubio, José Ángel García Pastor, José Luis Corral López, Ana Belén Martínez Parra, Rosario Vázquez Zamora, José Ignacio Vélez Fernández, Rubén Jesús de la Torre, María Olle Fernández, Fernando Pujol Conejo, Rafael Rivera Blancas, Ernesto Alvea Rojas, María Elena Morón Serna, Lidio Ramírez Calle y Guillermo Hernández Tosco contra Carmen Nieto Rubio, José Ángel García Pastor, José Luis Corral López, Ana Belén Martínez Parra, Rosario Vázquez Zamora, José Ignacio Vélez Fernández, Rubén Jesús de la Torre, María Olle Fernández, Fernando Pujol Conejo, Rafael Rivera Blancas, Ernesto Alvea Rojas, María Elena Morón Serna, Lidio Ramírez Calle y Guillermo Hernández Tosco sobre IMPUGNACIÓN DE CONVENIO COLECTIVO se ha dictado sentencia cuyo del siguiente tenor literal:

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA CON SEDE EN GRANADA

SALA DE LO SOCIAL

MH DEMANDA DE SALA NÚM. 5/16

SENT. NÚM. 2210/16

ILTMO. SR. D. JORGE LUIS FERRER GONZALES

ILTMO. SR. D. FRANCISCO JOSÉ VILLAR DEL MORAL

ILTMA. SRA. D.ª LETICIA ESTEVA RAMOS

Magistrados

En la ciudad de Granada, a seis de octubre de dos mil dieciséis.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada, compuesta por los Il'tmos. Sres. Magistrados que al margen se indican han pronunciado

## EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

## SENTENCIA

En los autos sobre Impugnación de Convenio Colectivo registrados al número 5/16, seguidos a instancias de Carmen Nieto Rubio, José Ángel García Pastor, José Luis Corral López, Ana Belén Martínez Parra, Rosario Vázquez Zamora, José Ignacio Vélez Fernández, Rubén Jesús de la Torre, María Olle Fernández, Fernando Pujol Conejo, Rafael Rivera Blancas, Ernesto Alvea Rojas, María Elena Morón Serna, Lidio Ramírez Calle y Guillermo Hernández Tosco frente a Comité Intercentros de la Agencia de Vivienda y Rehabilitación de Andalucía, Comité Intercentros de la Agencia de Vivienda y Rehabilitación de Andalucía de UGT, Comité Intercentros de la Agencia de Vivienda y Rehabilitación de Andalucía de SITE y Comité Intercentros de la Agencia de Vivienda y Rehabilitación de Andalucía de CC.OO., Agencia de Vivienda y Rehabilitación de Andalucía (AVRA), Ministerio Fiscal, UGT, CC.OO.-A, Sindicato Independiente de Trabajadores de EPSA, Consejería de Hacienda y Administración Pública, ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don Francisco José Villar del Moral.

## ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 24 de febrero de 2016 tuvo entrada en esta Sala de lo Social demanda de Sala interpuesta por Carmen Nieto Rubio, José Ángel García Pastor, José Luis Corral López, Ana Belén Martínez Parra, Rosario Vázquez Zamora, José Ignacio Vélez Fernández, Rubén Jesús de la Torre, María Olle Fernández, Fernando Pujol Conejo, Rafael Rivera Blancas, Ernesto Alvea Rojas, María Elena Morón Serna, Lidio Ramírez Calle y Guillermo Hernández Tosco sobre impugnación de convenio colectivo contra Comité Intercentros de la Agencia de Vivienda y Rehabilitación de Andalucía, Comité Intercentros de la Agencia de Vivienda y Rehabilitación de Andalucía de UGT, Comité Intercentros de la Agencia de Vivienda y Rehabilitación de Andalucía de SITE y Comité Intercentros de la Agencia de Vivienda y Rehabilitación de Andalucía de CC.OO., Agencia de Vivienda y Rehabilitación de Andalucía (AVRA), Ministerio Fiscal, UGT, CC.OO.-A, Sindicato Independiente de Trabajadores de EPSA, Consejería de Hacienda y Administración Pública.

2. Con fecha 31 de marzo de este año, se dictó decreto por la Sra. Letrada de la Administración de Justicia mediante el que se admitía a trámite la demanda señalándose para los actos de conciliación y, en su caso, vista el 28 de abril de 2016 a las 10.30 horas respectivamente. Se dictó decreto de fecha 13 de abril de 2016 mediante el que se acordó la suspensión del acto de la vista señalada para el día 28 de abril de este año, requiriéndose a la parte actora para que aclarara frente a quien se interponía la demanda. Hechas las manifestaciones por las partes dentro del plazo acordado, se acordó señalar nuevamente para la celebración del acto de juicio el día 13 de junio de 2006 a las 10,30 horas. Con fecha 9 de junio de 2016 se dictó providencia acordando nuevamente la suspensión del acto de juicio último señalado, requiriendo a la parte demandante para que ampliará en el plazo de 5 días la demanda frente a la Consejería de Hacienda y Administración Pública, presentándose por la dicha parte escrito dentro del plazo establecido.

3. Con fecha 7 de julio de 2016, se dictó Decreto acordando señalar nuevamente para la celebración del juicio oral el día 26 de septiembre de 2016 a las 10,30 horas. Citadas en forma todas las partes, comparecieron el día y hora señalados, y, no consiguiéndose conciliación previa entre las partes ni ante la Sra. Secretaria ni ante la Sala, se celebró la vista con el resultado que obra en las actuaciones.

**HECHOS PROBADOS**

Primero. La empresa pública AVRA es una entidad de derecho público de las previstas en la Ley General de Hacienda Pública de la CA de Andalucía, adscrita y dependiente actualmente de la Consejería de Fomento de la Junta de Andalucía, que proviene de la antigua EPSA, creada por el Decreto 262/1985 de 18/12/1985 a la que sucede y que pasó a denominarse así a virtud de la disposición final 1.ª de la Ley 4/2013, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda, publicada en el BOJA de 8/10/2013.

Segundo. Según los hechos probados de la sentencia firme de esta Sala de Granada de 29/4/2015, recaída en rec suplicación 270/15, obrante a los folios 799 y ss., la Empresa Pública de Suelo de Andalucía, era una entidad de Derecho Público constituida para llevar a cabo en el territorio andaluz las tareas técnicas y económicas requeridas para el desarrollo de la gestión urbanística y patrimonial en ejecución de los planes de urbanismo por parte de la Comunidad Autónoma, mediante las actuaciones de promoción, preparación y desarrollo de suelo urbanizado para fines residenciales industriales, de equipamiento y de servicio. Objeto social ampliado a la promoción pública de viviendas sujetas a Régimen de Protección en el ámbito de la Comunidad de Andalucía, así como a la administración y gestión del patrimonio que constituye el parque de viviendas de Protección Oficial de Promoción Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, así como los locales comerciales, los garajes vinculados o no a ellas y las edificaciones complementarias de las correspondientes promociones, cuya titularidad o gestión le sea concedida por el Consejo de Gobierno. EPSA, actualmente AVRA, se rige por sus propios Estatutos publicados en el BOJA de fecha 28 de mayo de 1991 y por su Reglamento de Régimen Interior en cuyo artículo 17.2 establece que: «Los Directores de Áreas, el Adjunto a Dirección, el Asesor Técnico y el Jefe de Gabinete serán nombrados y separados libremente por el Director de EPSA, dando cuenta al Consejo de Administración y dirigirán sus respectivas unidades y áreas bajo la Dirección y Coordinación del Director. Podrán ser designados entre el personal de EPSA o ajeno a la misma. A estos últimos les será de aplicación, en su relación contractual el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de personal de alta dirección».

«El Estatuto del Directivo Intermedio de la Empresa Pública del Suelo de Andalucía es de fecha 28 de mayo de 2007 y al mismo se introdujeron modificaciones por acuerdo del Consejo de Administración de fecha 27 de julio de 2012. El artículo 1.º establece que será de aplicación al personal directivo intermedio de EPSA. Reputa por tales a todo personal que realice funciones directivas en la empresa y así venga reconocido por la estructura orgánica y funcional. El artículo 2.º dentro de los grupos Directivos Intermedios en el apartado 03 se recoge: «Jefes de Departamento, Directores de Oficinas de Rehabilitación y otros puestos asimilados». El artículo 3.º 1 relativo al Régimen Jurídico establece: «Todos los cargos directivos intermedios tienen carácter de confianza y son de libre designación, estando excluidos del ámbito de aplicación de Convenio Colectivo de la Empresa sin perjuicio de las remisiones que al mismo se realizan en el presente Estatuto...» El artículo 3.º 2 establece que: «Compete al Director de la Empresa el nombramiento, contratación y cese del personal a que se refiere el Estatuto y la determinación de sus funciones y competencias...» En el artículo 11 se establece que «El cese en su cargo del personal directivo intermedio que no provenga de personal de la empresa y por tanto haya accedido a su contrato mediante libre designación no dará lugar al abono de indemnización alguna por la extinción de su relación laboral».

Este Estatuto entra en vigor al día siguiente de su aprobación que lo fue el 24 de diciembre de 2012 y con efectos económicos de 1 de enero de 2007. Obran a los folios

850 y ss. y se dan por reproducidos el texto adaptado del directivo del mando intermedio de la empresa, así como el estatuto del directivo de la referida empresa.

Tercero. En el BOJA de 3 de marzo de 2016 –folios 876 y ss.– se publicó la resolución de la Dirección General de relaciones laborales y Seguridad y Salud laboral de la Consejería de empleo de la Junta de Andalucía por el se registra y publica el IV convenio colectivo de AVRA, suscrito por la representación de los trabajadores y empresa en fecha 25 de mayo de 2015, incorporando las modificaciones derivadas del Informe de la Consejería de Hacienda y Administración Pública emitido en cumplimiento de lo previsto en el artículo 23 de la Ley 6/2014, de 30 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2015, con vigencia desde la fecha de su firma hasta el 31/12/2018 y a estos efectos, su art. 1.º dispone que dentro de su ámbito funcional y personal «regulará las relaciones jurídico-laborales entre la Agencia y los trabajadores y trabajadoras que presten servicios retribuidos por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección bajo cualquiera de las modalidades contractuales previstas por la legislación laboral.

2. Queda excluido del ámbito de este Convenio el personal directivo y, si existiera, el personal eventual de confianza recogido en el artículo 12 del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP)».

Así mismo, su disposición adicional 1.ª estipula que: «Las personas que a la fecha de la firma del convenio desempeñen responsabilidades de Jefaturas de Sección y de Equipo desde antes de junio de 2012 no proviniendo de plantilla, quedan excluidos del ámbito personal de aplicación del convenio.

Dicho personal tendrá como régimen laboral y como situación jurídica a extinguir y de naturaleza ad personam, el determinado en el Texto Articulado del Estatuto del Directivo Intermedio (TAEDI) actualmente vigente, equiparándose dichos Jefes de Sección y Equipo a todos los efectos, a «la relación laboral asimilada a alta dirección basada en la recíproca confianza de las partes y que no está incluido en el ámbito del convenio de la Agencia», prevista en el artículo 29.2 de la Ley 3/2012, de 21 de septiembre, de Medidas Fiscales, Administrativas, Laborales y en materia de Hacienda Pública para el reequilibrio económico-financiero de la Junta de Andalucía (BOJA núm. 192, de 1 de octubre de 2012). La extinción de sus contratos se producirá con arreglo lo dispuesto en el TAEDI».

Por último, su art. 10.º establece: «Artículo 10. Jefaturas de Sección y de Equipo.

1. Las jefaturas de sección y equipo son los máximos niveles de gestión de la Agencia, funciones estas no directivas que serán desempeñadas por personal de plantilla, salvo lo dispuesto en el art. 1.2 y disposición transitoria del presente convenio.

2. Se nombrarán las responsabilidades de Jefatura de Sección y de Equipo por libre designación entre candidatos que provengan de la plantilla propia de la Agencia y podrán ser cesados por libre remoción. Al producirse su cese, se destinará a un puesto de trabajo correspondiente a su grupo profesional en su mismo centro de trabajo o, en su defecto, provincia.

3. La designación se llevará a cabo previo concurso mediante convocatoria pública interna que se anunciará en los tablones de anuncios de los servicios centrales y de las gerencias provinciales y en la intranet de la Agencia, y en donde se establezcan los requisitos de titulación, idoneidad y méritos a valorar. La persona candidata deberá presentar una memoria en la que haga constar los méritos y capacidades que a su juicio hacen idónea su candidatura así como esquema que propone para la organización y desarrollo de las funciones a su cargo y, en su caso, reparto de tareas y forma de dirección del equipo o sección.

4. En el procedimiento de selección de estas Jefaturas, se constituirá una Comisión de Selección en la que intervendrán con voz, pero sin voto los Representantes de los Trabajadores. La Dirección designará al candidato más idóneo de entre una terna aprobada en la comisión de selección y ponderando en su conjunto las cualidades de las personas

aspirantes, mediante informe motivado de la idoneidad del candidato seleccionado en el que se mencionen los principales elementos tenidos en cuenta para la idoneidad.

5. En el caso de quedar desierta la convocatoria pública, la Dirección designará directamente un trabajador para desempeñar las funciones de Jefatura.»

Cuarto. Por la Consejería de Hacienda y Administración pública de la Junta de Andalucía –folio 929– se autorizó el 30 de diciembre de 2014 la modificación del organigrama de la estructura directiva y del régimen retributivo del personal directivo de la empresa, pasando de 76 puestos directivos a 26, con amortización efectiva de 7 puestos, pasando 31 trabajadores a ser personal de plantilla de convenio, con puestos de jefaturas de sección –en concreto 22 y 9 jefes de equipo– y acordando que 15 trabajadores pasen a ser personal directivo intermedio sujetos al Taedi, de los que 13 serían jefes de sección y 2 jefes de equipo, reputándolos puestos a extinguir, en régimen transitorio y de naturaleza ad personam, determinando la Agencia en mayo de 2014 que su régimen laboral sería el del Taedi y en agosto de 2014 que su régimen retributivo sería el establecido en Convenio para los puestos correspondientes de jefaturas de sección y equipo.

Quinto. Por los actores los señores y señoras Carmen Nieto Rubio, José Ángel García Pastor, José Luis Corral López, Ana Belén Martínez Parra, Rosario Vázquez Zamora, José Ignacio Vélez Fernández, Rubén Jesús de la Torre, María Olle Fernández, Fernando Pujol Conejo, Rafael Rivera Blancas, Ernesto Alvea Rojas, María Elena Morón Serna, Lidio Ramírez Calle y Guillermo Hernández Tosco se presentó escrito con fecha de entrada en sello registro de 10/12/2015 en la Consejería de Fomento, dirigido a la secretaría General de Empleo de Consejería de empleo de la Junta de Andalucía, instándola a que se iniciara de oficio el trámite del art. 163 de la LRJS, en concordancia con el art. 90, 5.º del ET, para que se impugnara por ilegal y lesividad el referido convenio, al entender que se les excluía ilegalmente de su ámbito de aplicación personal, pues inicialmente habían concertado contratos formales de alta dirección y luego como mandos o directivos intermedios, sometidos al Taedi, por reputar su relación laboral como común, por lo que se les debe de aplicar el Convenio colectivo, vulnerando también la legal posibilidad de participar como electores y elegibles en procesos electorales en el seno de la empresa, a la luz de diversas sentencias que se han ido emitiendo por distintos Tribunales de Justicia, sin que por la referida Consejería se plantease después demanda de oficio en los términos interesados.

En casi todos los casos los actores han iniciado su relación laboral formalmente como altos directivos, y con posterioridad todos conciertan contratos de trabajo indefinidos como directivos intermedios sometidos al Taedi, con expresa exclusión de aplicación del Convenio colectivo de empresa, (en todos los casos antes de junio de 2012), y en el concreto del Sr Corral López ha sido designado con carácter provisional y transitorio en sustitución del gerente provincial de la Agencia en la provincia de Málaga desde febrero de 2016. Obran al expediente administrativo remitido los nombramientos, contratos de trabajo y procesos de selección a través de terceras empresas de recursos humanos de algunos de los actores, que se dan por reproducidos en aras a la brevedad.

Sexto. El día 15/2/2016 se presenta demanda por los mismos actores, por la que postulaban la impugnación del referido convenio colectivo, y se le declare nulo en su integridad, por serles lesivo al reputar los contratos fraudulentamente como personal de alta dirección o directivos intermedios, excluyéndoles de la aplicación del convenio, o subsidiariamente, que por lesivos se declaren nulos sus arts. 1, 2.º y disposición adicional primera y se les declare trabajadores sujetos al mismo, con los demás pronunciamientos favorables.

Séptimo. La plantilla afectada por el cuestionado Convenio colectivo en el ámbito de la CA de Andalucía es 560 trabajadores –folio 685–.

Octavo. Por sentencias del Juzgado de lo Social núm. 2 de los de Jaén de 28/1/2016, recaída en los autos 416/15, y del Juzgado de lo Social núm. 3 de la misma ciudad de 7/3/2016, autos 445/15, las actoras Sras. Rosario Vázquez Zamora y Ana Belén Martínez Parra han sido reconocidas como personal laboral indefinidas fija de carácter común y no como personal de alta dirección o directivo intermedio desde el inicio de la relación laboral –folios 784 y ss.– frente a AVRA, sin que conste que aquellas sean firmes.

Así mismo consta sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Huelva de fecha 16/3/2016, autos 899/15, con similar pronunciamiento en relación al actor José Ángel García Pastor, y de 23/12/2015, dictada por el juzgado de lo social núm. 13 de los de Málaga en los autos 579/15 en relación a don José Luis Corral López en parecidos términos.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Los anteriores hechos declarados como probados se obtienen de una ponderada valoración conjunta y crítica de la prueba documental reseñada en cada uno de los precedentes ordinales, extremos fácticos que permiten a la Sala motivar y resolver la cuestión litigiosa, dando así cumplimiento al deber constitucional y legal plasmado en el art. 97 de la LRJS.

Segundo. Se articulan por los trabajadores los señores y señoras Carmen Nieto Rubio, José Ángel García Pastor, José Luis Corral López, Ana Belén Martínez Parra, Rosario Vázquez Zamora, José Ignacio Vélez Fernández, Rubén Jesús de la Torre, María Olle Fernández, Fernando Pujol Conejo, Rafael Rivera Blancas, Ernesto Alvea Rojas, María Elena Morón Serna, Lidio Ramírez Calle y Guillermo Hernández Tosco demanda a través de la modalidad procesal de impugnación de convenio colectivo por la que postulaban la impugnación del referido IV Convenio Colectivo de AVRA, y se le declare nulo en su integridad, por serles lesivo al reputarlos la empresa fraudulentamente personal de alta dirección o directivos intermedios, excluyéndoles de la aplicación del convenio, o subsidiariamente, que por lesivos se declaren nulos sus arts. 1, 2.º y disposición adicional primera, y se les declare trabajadores sujetos al mismo, con los demás pronunciamientos favorables.

Todos los actores ostentan la condición contractual de directivos intermedios sometidos al Taedi, con expresa exclusión en sus respectivos contratos de la aplicación del Convenio colectivo de empresa, y en todos los casos con fecha de inicio de sus respectivas relaciones desde antes de junio de 2012. Cuatro de ellos ya cuentan a su favor sentencia judicial estimatoria de la pretensión de ser considerados como trabajadores con contrato de trabajo de carácter común, y según manifestaciones de su letrado en la vista, penden varias demandas del resto cuyos juicios no se han celebrado aún, sentencias cuya firmeza tampoco consta a la Sala.

Se aduce como óbice procesal por las codemandadas que los actores no ostentan legitimación activa para entablar la presente demanda por la modalidad procesal escogida, una vez que instada ante al autoridad laboral la iniciativa de que por aquella se impugnara el Convenio colectivo, en plazo no se interpuso demanda de oficio, en los términos del art. 163.2.º de la LRJS. Como la impugnación se funda no en ilegalidad del Convenio –dejando aparte la posible ilegalidad del Estatuto que la empresa alternativamente les aplica, que es cosa distinta–, sino en que la exclusión de su ámbito personal de este colectivo les lesiona derechos básicos, atendida la verdadera naturaleza común de su relación laboral, el título que habilita la legitimación de los actores es la vía de demanda por lesividad, es decir la del art. 165, 1.º letra b de la LRJS. Y en este caso, la referida

norma excluye como legitimados activos para interponer demanda a los trabajadores y empresarios «incluidos» dentro del ámbito de su convenio. Como precisamente lo que se pretende con la demanda es la inclusión del colectivo de los 15 trabajadores dentro de su ámbito personal, en el momento de interposición de la demanda el 15/2/2016, que es el que perpetúa la legitimación de las partes, ex art. 411 de la LEC, y en ese momento no consta la firmeza de las sentencias de los procesos individuales interpuestos en que han planteado acciones declarativas, hemos de concluir que los actores si están legitimados prima facie para interponer la presente demanda, pues en puridad de su aplicación y texto en aquel instante no son trabajadores incluidos en su ámbito, con lo que debemos rechazar la excepción opuesta en este sentido.

Lo que no ostentan, por evidente ejercicio abusivo de un derecho y carencia de interés legítimamente tutelable, apreciable por la Sala y rechazable de plano –art. 75, 1.º de la LRJS–, es legitimación para impugnar y pedir la nulidad de la integridad de todo el texto del Convenio, porque como se indicaba en conclusiones «si no se les aplica a ellos, no se debe aplicar a nadie», máxime cuando en su ámbito subjetivo se comprende un colectivo de otros 560 trabajadores que resultarían notablemente perjudicados, porque en definitiva el debate se circunscribe a la petición de nulidad de las estipulaciones que define su ámbito subjetivo personal, en concreto el párrafo 2.º del art. 1.º y la disposición adicional 1.ª del texto, siendo este el objeto real del proceso y porque resulta absolutamente contradictorio y absurdo instar que a ellos se les aplique por sentencia un convenio que consideran ilegal y nulo. Todo ello conlleva a la desestimación de la principal pretensión de la demanda y que entremos a analizar la subsidiaria.

En cuanto a aquella, se indica para combatir el alegato de las defensas de que la acción es inadecuada y esta modalidad procesal no es correcta, debiendo acudir a la modalidad del proceso ordinario ejerciendo la oportuna acción declarativa, por el letrado de los actores, que no tienen otra vía para obtener una correcta tutela de su derechos, desde el punto de vista también del colectivo de los trabajadores concernidos, pero este criterio no se puede compartir por la Sala y queda desvirtuado por la propia documental de los actores, argumento desmentido por el previo actuar procesal de los trabajadores demandantes, que han entablado demandas individuales para clarificar la naturaleza de su relación laboral, si bien con respuesta espaciada en el tiempo por la sobrecarga de señalamientos que aquejan a este orden jurisdiccional de manera dispar en las distintas provincias andaluzas, alguno de los cuales ya ha merecido una primera respuesta positiva por sentencia no firme de instancia, que de confirmarse y por lo que implica en la práctica, podría dejar sin objeto práctico sobrevenido la sentencia que pudiera recaer en este proceso en lo que particularmente les atañe a cada uno de ellos, una vez firmes.

Lo que se pretende a la luz y filosofía que inspira el texto de la demanda en definitiva es revisar y eliminar del texto del convenio, que es fruto de la negociación colectiva de los agentes sociales, amparado en el ejercicio del art. 37 de la Constitución, parte de su texto excluyente y aplicativo, con el argumento que se les discrimina del resto de los trabajadores, se les veda la posibilidad de participar en procesos electorales en el seno de la empresa pública y gozar de otros beneficios y garantías, sobre todo en materia extintiva del contrato, a través de sentencia recaída en esta modalidad procesal, que puede obtenerse unificando pronunciamientos potencialmente discrepantes y de manera más rápida por esta sentencia.

La posibilidad de obtener un resultado práctico para el colectivo los actores a través de una doble vía judicial no impide por sí la posibilidad de su simultáneo ejercicio, máxime cuando aquí también por la vía de declaración de lesividad se analiza también e implícitamente la legalidad o posible extralimitación de los agentes negociadores en la suscripción del acuerdo plasmado en los cuestionados artículos del convenio. Se pretende pues dejar sin efecto parte de la norma convencional que disciplina como norma el contenido de los respectivos contratos individuales.

En este sentido, también se aduce que ya esta Sala se había pronunciado sobre que los agentes sociales pueden determinar el ámbito personal del Convenio, en previo proceso, en concreto en la sentencia firme de 28/5/2007, ratificada por la del TS de 16/6/2009, en rec casación 145/2007 en la de al haberse impugnado similar cuestión respecto del III Convenio Colectivo de EPSA. Pues bien, en aquel caso la demanda y el recurso se desestimaban por no alegarse criterios de discriminación, que aquí específicamente ya si se suscitan, y la cuestión afecta a distinto Convenio posterior, y sobre todo ponderando las resoluciones que en proceso individuales se venían ya produciendo y su incidencia en el debate abierto.

Para calibrar esta potencial discriminación, se aduce en el plenario que se les discrimina por razón de fecha de ingreso en al empresa –todos accedieron a su empleo antes de 2012 y son trabajadores indefinidos– si bien desempeñan puestos de confianza, habiendo la empresa ya al reestructurar su organización interna decidido aplicar el Convenio a otros trabajadores de la misma con similares cometidos. Así, resulta relevante que por la Consejería de Hacienda y Administración pública de la Junta de Andalucía –folio 929– se autorizó el 30 de diciembre de 2014 la modificación del organigrama de la estructura directiva y del régimen retributivo del personal directivo de la empresa, pasando de 76 puestos directivos a 26, con amortización efectiva de 7 puestos, pasando 31 trabajadores a ser personal de plantilla de convenio, con puestos de jefaturas de sección –en concreto 22 y 9 jefes de equipo– y acordando que 15 trabajadores pasen a ser personal directivo intermedio sujetos al Taedi, de los que 13 serían jefes de sección y 2 jefes de equipo, reputándolos puestos a extinguir, en régimen transitorio y de naturaleza ad personam, determinando la Agencia en mayo de 2014 que su régimen laboral sería el de Taedi y en agosto de 2014 que su régimen retributivo sería el establecido en Convenio para los puestos correspondientes de jefaturas de sección y equipo.

Pues bien, de lo referido se deduce que el proceso entablado es adecuado, que los actores ostentan verdadera legitimación activa, que no existe, dada su condición de trabajadores ya indefinidos reconocida por contrato razón objetiva para excluirlos del propio Convenio ni por su fecha de ingreso, ni por razón de los tramites de selección previos para acceder al puesto de trabajo, que se les aplica ya una parte del convenio a nivel retributivo, y que no se garantizan sin embargo otros derechos legítimos, sobre todo en materia de estabilidad y causalidad en la potencial extinción del contrato, por causa de pérdida sobrevenida de confianza, aplicándoles el Taedi, sin perjuicio de que en su momento y si se extinguen los contratos, pudieran ser aplicables otros preceptos legales, con respeto al derecho mínimo consagrado en el ET y en su caso ponderando los términos de las sentencias que a continuación se exponen.

Resulta adecuado reseñar que ya esta Sala y también el TS se ha pronunciado en alguna sentencia sobre esta controvertida norma estatutaria, causando verdadero estupor la afirmación sostenida en el plenario por algunas demandadas, quienes mantenían que «por encima de lo que digan las sentencias, se debe de aplicar esa norma convencionalmente aceptada por los actores en la regulación de sus condiciones laborales al suscribir sus contratos, con expresa sumisión a ese Estatuto».

Dice el TS en la sentencia de 16/3/2015, recaída en rcud 819/14, en que fue parte EPSA, nada más y nada menos respecto de un gerente provincial de la empresa, condición que en ningún caso ostentan los actores, a salvo de uno de ellos, si bien con carácter transitorio, que por cierto ya ha obtenido previa sentencia a su favor:

«Primero. 1. La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar la naturaleza jurídica, ordinaria o de alta dirección, de la relación que une al trabajador con una empresa pública –configurada, en el presente caso, como una Entidad “de derecho público con personalidad jurídica que por Ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado”, con el carácter de “Entidad urbanística especial” y con la condición de Promotor público de construcciones protegibles en materia

de vivienda y adscrita a la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía (art. 6.1.b de la ahora derogada Ley 5/1983, Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y Decreto 113/1991, de 21 de mayo, por el que se aprueban los Estatutos por los que habrá de regirse la Empresa Pública de Suelo de Andalucía)—, en la que comenzó a prestar servicios tras la suscripción de un contrato de trabajo por tiempo indefinido como “directivo intermedio”, que se configuraba por las partes como relación laboral de carácter “común” y estableciendo de aplicación supletoria el Estatuto de los Trabajadores “en todo lo que no se oponga a las estipulaciones de este contrato y al Estatuto del Directivo Intermedio, que serán de aplicación preferente” y excluido de las disposiciones establecidas en el Convenio colectivo de la empresa, con los derivados efectos en orden a sí la decisión empresarial de cese o desistimiento puede o no ser configurada como un despido.

2. En dicho contrato y pacto adjunto, al que se da por reproducido los hechos probados de la sentencia de instancia (SJS/Jaén núm. 4 de fecha 11-marzo-2013), inalterados en suplicación, se establecía, entre otros extremos, que: a) «Por resolución de 5.08.2008 del Director de EPSA se nombra al actor Gerente provincial de dicha empresa en Jaén, incardinado en el grupo 01 del Estatuto del Directivo Intermedio, suscribiéndose el 05-08-2008 contrato de trabajo por tiempo indefinido, cuya cláusula adicional primera establece que al Directivo Intermedio no será de aplicación el Convenio Colectivo de Empresa, al figurar excluido de su ámbito personal de aplicación; b) En la cláusula adicional 3.<sup>a</sup> del contrato de trabajo se recoge: “De conformidad con lo dispuesto en el art. 10 del EDI, la condición de DI se extinguirá, y con ella los vínculos contractuales o acuerdos existentes, cuando concurra alguna de las circunstancias consignadas en la normativa laboral vigente y, en especial, por las siguientes causas: a) pérdida de la confianza...”; c) La cláusula adicional 4.<sup>a</sup> del contrato de trabajo señala “La presente relación se basa en la confianza entre las partes, siendo el cargo de DI de los de libre designación por la dirección de la Empresa. Se considera elemento esencial del contrato el mantenimiento de la recíproca confianza entre las partes y la exigencia de la buena fe en el nacimiento, desarrollo y extinción del mismo, con las consecuencias resolutorias inherentes a tales consideraciones”; d) “En el contrato de trabajo... se recoge que la relación laboral que se concierta es común, por lo que será de aplicación supletoria el ET, en todo lo que no se oponga a las estipulaciones de este contrato y al Estatuto del Directivo Intermedio, que serán de aplicación preferente...».

3. En los referidos hechos declarados probados consta, además, sobre la regulación del contrato que: a) El Estatuto del Directivo Intermedio de EPSA se aprobó «por el Consejo de Administración de la citada empresa en sesión de 28-05-2007»; b) Dicho Estatuto «... considera, art. 1, personal directivo intermedio a todo el personal que realice funciones directivas en EPSA o de auxilio a la Dirección de la misma y así venga reconocido en su estructura orgánica o funcional. El art. 3 señala que todos los cargos directivos intermedios tienen carácter de confianza y son de libre designación. Como causa de extinción, art. 10 recoge la pérdida de confianza, apartado a, y en el art. 11 señala que “El cese en su cargo del personal directivo intermedio que no provenga del personal fijo o indefinido de la Empresa, cuando fuera motivado por las causas consignadas en las letras a) y c) del artículo 10.2 del presente Estatuto, dará lugar al abono de una indemnización limitada, como máximo, a la que en la fecha de extinción del contrato esté prevista en el Estatuto de los Trabajadores” ; c) En «Reglamento de Régimen Interior» de EPSA, aprobado por Orden 31-07-1991 (BOJA 10-08-1991), se «establece en su art. 19 que a los gerentes provinciales designados entre personal ajeno a EPSA les será de aplicación el R.D. 1382/85, por el que se regula la relación laboral especial de alta dirección»; y d) El Convenio Colectivo de EPSA (BOJA 02-08-2006), «excluye de su ámbito personal de aplicación, art. 1, al personal directivo que se regirá por el estatuto interno aprobado por el Consejo de Administración de la entidad».

4. Finalmente, en cuanto a las funciones propias del gerente y a las desempeñadas realmente por el demandante, en los referidos hechos probados, respectivamente, figura: a) En cuanto al contenido del puesto de gerente provincial que «Las funciones del gerente provincial, máximo representante de EPSA en la provincia, consisten, entre otras, en relaciones con instituciones, organización del personal, enlace con la dirección, presidir las Juntas de Compensación, proponer actuaciones urbanísticas a los servicios centrales; disposición de gasto hasta 3.000 euros», «ejerce competencias delegadas del Director de EPSA», así como que «La empresa celebra Consejo de Dirección en el que interviene el Director, Subdirectores y Directores de Área, y Consejo de Dirección ampliado, en el que además de los anteriores se invita a los gerentes provinciales» y que «El gerente provincial, no obstante su dependencia funcional de los distintos Directores de Áreas de los Servicios Centrales, en lo concerniente a la gestión de los programas de su ámbito territorial, dependerá orgánicamente del Director y representará a EPSA en el ámbito provincial. Serán facultados mediante delegaciones, previa autorización del Consejo de Administración, y el apoderamiento necesario que otorgará el Director dando cuenta al Consejo de Administración, art. 20 del Reglamento de Régimen Interior de EPSA...»; y b) Respecto a las actuaciones del demandante que «El actor tenía poder de EPSA de actuación y disposición en los términos que recoge el doc. 8 del ramo de prueba de la empresa y participaba en el Consejo de Dirección Ampliado de EPSA cuando las cuestiones a tratar afectan a la provincia, y luego se elevan al Consejo para su aprobación ...» y «El actor recibía instrucciones de Director y Subdirector de EPSA».

5. La sentencia de instancia desestimó la demanda, entendiendo que, aunque en el contrato de trabajo la relación se calificara de ordinaria, el actor, acreditada la existencia de relación de confianza, ostentó un cargo de alta dirección. El recurso de suplicación interpuesto por el actor fue desestimado (salvo en cuanto a la fijación de indemnización) en la sentencia ahora recurrida (STSJ/Andalucía, sede de Granada, 3-julio-2013, rollo 1013/2013). En la referida sentencia, tras rechazar el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad instado por la parte actora, se argumenta, en esencia, para llegar a su conclusión denegatoria del carácter ordinario de la relación laboral que unía a las partes, que:

a) «... conforme a lo pactado, la primera fuente reguladora por la que se regía la relación de las partes, era el propio contrato y el Estatuto del Directivo Intermedio, y por exclusión, en las materias que no estuviesen comprendidas en la regulación contenida en dichas fuentes (“en lo demás”), se acudiría a la “normativa que regula la relación laboral común”, por lo tanto, solo de forma subsidiaria entraría en aplicación la normativa común.»

b) «... el actor tenía la categoría de gerente provincial en Jaén, de la empresa pública del suelo en Andalucía (EPSA), teniendo la consideración de máximo representante de la mismas en la provincia, estando incardinado en el Grupo 01 del Estatuto del Directivo Intermedio, es decir: “Coordinador General de Áreas de Rehabilitación, Gerente de la Oficina de Gestión del Parque Público de Viviendas en Alquiler y asimilados”. Lo que de por sí es significativo, dado que su ámbito de actuación, lo era a nivel de toda la provincia de Jaén, así como de la relevancia de las atribuciones que tenía encomendadas, lo que se pone de manifiesto, con la existencia a su cargo de 44 trabajadores. Percibiendo por su trabajo, un salario día no discutido de 159,93 € y Ejercía competencias delegadas del Director de EPSA, es decir, asumía por lo tanto, funciones que excedían de su categoría profesional. Presidía las Juntas de Compensación, y proponía dentro de su ámbito provincial actuaciones urbanísticas a los servicios centrales. Los Directores y Subdirectores, eran los únicos que le podían dar instrucciones, y solo en cuanto a la gestión de los programas de ámbito territorial provincial, dependía de los de los Directores de Área, fuera de dicho tipo de actuaciones, gozaba de plena autonomía. Y además, tenía poder para gastos no superiores a 3.000€ .»

6. En la sentencia invocada por el trabajador recurrente como de contraste (STS/J Andalucía, sede de Sevilla, 1-julio-2009 –rollo 3793/2008–), se llega a la conclusión de que el demandante que prestaba servicios para una Agencia Pública Empresarial («Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía», IDEA) –que «tiene la consideración de Administración Institucional dependiente de la Administración de la Junta de Andalucía, quedando adscrita a la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo...»–, como gerente de la misma en la provincia de Málaga, estaba unido a la misma por una relación laboral ordinaria. Figura en los hechos probados de dicha sentencia, en esencia, que: a) El actor desde el 05-04-2004 hasta el 14-05-2008 «en el ejercicio de sus funciones como gerente provincial, ha firmado 1.477 resoluciones de concesión y revocación de subvenciones», «para la concesión de las mismas debe seguir las directrices e instrucciones impartidas por el Consejo Rector, Presidente, Director General y por los Jefes de Departamento de los que cabe destacar el de Emprendedores y Programas y el de Innovación y Tecnología» y «además existen unas comisiones de valoración para evaluar si las solicitudes de subvenciones reúnen los requisitos necesarios para que sean concedidas»; y b) «Existen gerentes de delegaciones provinciales con contratos suscritos al amparo de relación laboral común y otros con contrato de alta dirección». Concluyendo que «Situación que, conforme se deriva del inalterado relato judicial de los hechos, no se corresponde con el supuesto litigioso, pues el actor realizaba funciones de gerente provincial de la Agencia demandada –en cuyas delegaciones unos gerentes tienen contratos de alta dirección y otros están sujetos a la legislación laboral común– habiendo firmado entre 2004 y 2008 unas 1.477 resoluciones de concesión y revocación de subvenciones para las que, no obstante, debía seguir siempre las instrucciones y directrices impartidas por el Consejo rector, por el Presidente, el Director Gral. y por los Jefes de departamento, existiendo, además, unas comisiones de valoración para decidir si las solicitudes reunían o no los requisitos necesarios para ser concedidas; es decir, que el actor tenía poderes meramente instrumentales, sin haber ostentado los generales de representación, siguiendo siempre las directrices y expresas autorizaciones de los órganos directivos, incluidos los Jefes de departamento y los criterios de las comisiones de valoración, sin facultad de decidir por su cuenta, lo que permite considerar... que la naturaleza de su relación era la laboral común, a pesar de su apariencia formal de alta dirección, por lo que la unilateral decisión extintiva acordada por el empleador constituye el despido improcedente frente al que se acciona (STS de 14/07/1988) y no el desistimiento al que alude la recurrente».

7. Cabe entender que concurre el requisito o presupuesto de contradicción exigible para viabilizar el recurso de casación unificadora (art. 219.1 LRJS), partiendo de que siendo contrapuestos los pronunciamientos, las relaciones laborales examinadas en las sentencias comparadas son sustancialmente iguales, al tratarse en ambos casos de gerentes provinciales de empresas o agencias públicas dependientes de la Junta de Andalucía, cuya empleadora manifiesta desistir de la relación que le unía, y que realizan funciones directivas intermedias en un ámbito provincial dependiendo funcionalmente, en un caso, de «los distintos Directores de Áreas de los Servicios Centrales» y con subordinaron al Consejo de Dirección del que no forma parte («La empresa celebra Consejo de Dirección en el que interviene el Director, Subdirectores y Directores de Área, y Consejo de Dirección ampliado, en el que además de los anteriores se invita a los gerentes provinciales»), y, en el otro, «debe seguir las directrices e instrucciones impartidas por el Consejo Rector, Presidente, Director General y por los Jefes de Departamento», sin que conste que hubieren realizado funciones distintas de trascendencia a los efectos de variar el carácter de la relación jurídica, y, en el caso de la recurrida se configura la relación laboral existente entre las partes como especial de alta dirección, mientras que en la de contrate como laboral ordinaria.

Segundo. 1. El trabajador recurrente en casación unificadora denuncia como infringidos por la sentencia de suplicación recurrida los arts. 1.2 y 11.1 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección, por considerar que la relación laboral que unía a las partes era de carácter ordinario y no especial.

2. Para la solución del esencial problema planteado por el recurrente, con carácter previo, debe hacerse esencial referencia a la normativa siguiente sobre las modalidades contractuales cuestionadas, así como a las fuentes de la relación laboral:

a) La que considera como relación laboral de carácter especial «a) La del personal de alta dirección no incluido en el artículo 1.3.c)» (punto uno 1 art. 2.1 ET), diferenciándola de la «La actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo» ( art. 1.3.c ET).

b) El listado legal de relaciones laborales de carácter especial y su posible ampliación «por una ley»: «1. Se considerarán relaciones laborales de carácter especial: a) La del personal de alta dirección no incluido en el artículo 1.3.c)...– i) Cualquier otro trabajo que sea expresamente declarado como relación laboral de carácter especial por una Ley» (art. 2.1 ET).

c) El Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto (por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección), en cuyo art. 1 (ámbito de aplicación) se preceptúa que «Se considera personal de alta dirección a aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad» (art. 1.1); y

d) Finalmente, sobre la fuentes de la relación laboral, que «1. Los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan: a) Por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado. b) Por los convenios colectivos. c) Por la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados...», que «3. Los conflictos originados entre los preceptos de dos o más normas laborales, tanto estatales como pactadas, que deberán respetar en todo caso los mínimos de derecho necesario, se resolverán mediante la aplicación de lo más favorable para el trabajador apreciado en su conjunto, y en cómputo anual, respecto de los conceptos cuantificables» y que «5. Los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario. Tampoco podrán disponer válidamente de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo» (art. 3.1, 3 y 5 ET).

Tercero. Igualmente debemos hacer sintética referencia a la jurisprudencia de esta Sala, –sistematizada y aplicada, entre otras, en las SSTs/IV 12- septiembre-2014 (rcud 1158/2013) y 12-septiembre-2014 (rcud 2591/2012)–, relativa a la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección, la que ha establecido, entre otros principios, que:

a) Para que puede predicarse tal calificación han de ejercitarse poderes inherentes a la titularidad de la empresa que se incluyan en el círculo de decisiones fundamentales o estratégicas, con independencia de que exista un acto formal de apoderamiento (SSTs/ Social 6-marzo-1990, 18-marzo-1991, 17-junio-1993 -rcud 2003/1992); que el requisito de que el interesado ejercite poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa «implica, fundamentalmente, la capacidad de llevar a cabo actos y negocios jurídicos

en nombre de tal empresa, y de realizar actos de disposición patrimonial, teniendo la facultad de obligar a ésta frente a terceros», así como que esos poderes han de afectar «a “los objetivos generales de la compañía”, no pudiendo ser calificados como tales los que se refieran a facetas o sectores parciales de la actividad de éstas» (STS/Social 24-enero-1990). Así, en un supuesto relativo a un director-gerente de una multinacional se destaca para atribuirle la condición de personal de alta dirección ( STS/Social 13-noviembre-1991 –recurso 882/1990–) que «Así ... resulta del expreso nombramiento del mismo como director-gerente de la sociedad por el Consejo de Administración ... lo que comporta no una mera concesión formal del nomen sino una efectiva atribución de facultades de dirección así como del poder empresarial de decisión, de lo que son suficientemente indicativos la expresa referencia a su actividad gerencial y directiva en los documentos acompañados por ambas partes..., la constancia de su situación en la cúpula del organigrama de la sociedad demandada..., la alta retribución concedida..., y la propia definición que el actor realiza en la demanda de cuál fuere el objeto de la actividad que le fue encomendada al firmarse el contrato, consistente, según afirma, en proceder al reflotamiento de la sociedad...», que no obsta a la conclusión expresada «el hecho de que determinadas facultades le hubieran sido atribuidas mancomunadamente con otros tres...: se trata, en definitiva, de facultades atinentes al ejercicio de “poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa”» y que «Resta señalar que la prescripción de que hayan de ejercitarse “con autonomía y plena responsabilidad” (art. 1.2 del precitado Real Decreto) no ha de entenderse como exigencia de exclusividad (es decir, como ejercicio y responsabilidad no compartidos), sino como expresión global y completa, y al mismo tiempo como correlato adecuado, del amplio ámbito de poder conferido».

b) Uno de los elementos indiciarios de la relación especial de servicios de los empleados de alta dirección es que las facultades otorgadas «además de afectar a áreas funcionales de indiscutible importancia para la vida de la empresa, han de estar referidas normalmente a la íntegra actividad de la misma o a aspectos trascendentales de sus objetivos, con dimensión territorial plena o referida a zonas o centros de trabajo nucleares para dicha actividad». Ello es así porque este contrato especial de trabajo se define en el art. 1.2 R.D. 1382/1985, de un lado por la inexistencia de subordinación en la prestación de servicios (autonomía y plena responsabilidad), y de otro lado por el ejercicio de los poderes que corresponden a decisiones estratégicas para el conjunto de la empresa y no para las distintas unidades que la componen (poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativos a los objetivos generales de la misma); por lo que no se estará ante una relación especial de alta dirección cuando «Los poderes o facultades atribuidos al actor no alcanzan a los objetivos generales del conjunto empresarial, sino que se limitan al área funcional y territorial que le había sido encomendada». Entre otras, SSTS/Social 24-enero-1990, 30-enero-1990, 12-septiembre-1990 –administrador de un Parador de Turismo–, 2-enero-1991 y SSTS/IV 22-abril-1997 (rcud 3321/1996 director hotel en cadena hostelería ) y 4-junio-1999 (rcud 1972/1998 director financiero grupo de empresas).

c) Es exigencia para atribuir a una relación laboral el carácter especial que es propio de las de alta dirección, que la prestación de servicios haya de ejercitarse asumiendo, con autonomía y plena responsabilidad, poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativa a los objetivos generales de la misma, y que «el alto cargo, en el desarrollo de sus funciones y ejercicio de sus facultades, ha de gozar, además, de autonomía, asumiendo la responsabilidad correspondiente; autonomía que sólo puede quedar limitada por las instrucciones impartidas por quien asume la titularidad de la empresa, por lo que, normalmente, habrá de entenderse excluido del ámbito de aplicación del referido Real Decreto y sometido a la legislación laboral común, aquellos que reciban tales instrucciones de órganos directivos, delegados de quien ostente la titularidad de la empresa, pues los mandos intermedios, aunque ejerzan funciones directivas ordinarias, quedan sometidos al ordenamiento laboral común, ya que la calificación de alto cargo

requiere la concurrencia de las circunstancias expuestas, en tanto que definitorios de tal condición, a tenor del repetidamente citado art. 2.1) (SSTS/Social 24-enero-1990, 13-marzo-1990, 12-septiembre-1990, STS/IV 4-junio-1999 -rcud 1972/1998).

d) No cabe confundir el ejercicio de determinadas funciones directivas por algunos trabajadores –fenómeno de delegación de poder siempre presente en las organizaciones dotadas de cierta complejidad y que «lejos de afectar a los objetivos generales de la empresa..., se limitan al ámbito de un servicio técnico claramente instrumental respecto a la finalidad fundamental de ésta»– con la alta dirección que delimita el art. 1.2 R.D. 1382/1985, en relación con el art. 2.1.a) ET, «en concepto legal, que, en la medida en que lleva la aplicación de un régimen jurídico especial en el que se limita de forma importante la protección que el ordenamiento otorga a los trabajadores, no puede ser objeto de una interpretación extensiva» (SSTS/Social 24-enero-1990, 13-marzo-1990 y 11-junio-1990, STS/IV 4-junio-1999-rcud 1972/1998).

e) Destacándose que «lo que caracteriza la relación laboral del personal de alta dirección es la participación en la toma de decisiones en actos fundamentales de gestión de la actividad empresarial» y que «para apreciar la existencia de trabajo de alta dirección se tienen que dar los siguientes presupuestos: el ejercicio de poderes inherentes a la titularidad de la empresa, el carácter general de esos poderes, que se han de referir al conjunto de la actividad de la misma, y la autonomía en su ejercicio, sólo subordinado al órgano rector de la sociedad. Y precisamente como consecuencia de estas consideraciones referentes a la delimitación del concepto de «alto cargo», es por lo que se ha proclamado que este especial concepto ha de ser de interpretación restrictiva y hay que entender, para precisarlo, al ejercicio de funciones de rectoría superior en el marco de la empresa» (SSTS/Social 24-enero-1990 y 2-enero-1991, SSTS/IV 17-junio-1993 -rcud 2003/1992 y 4-junio-1999 -rcud 1972/1998).

Cuarto. 1. La Sala de su suplicación en apoyo de su tesis sobre el carácter especial de la relación invoca el «Reglamento de Régimen Interior» de EPSA, aprobado por Orden 31-07-1991 (BOJA 10-08-1991), en el se «establece en su art. 19 que a los gerentes provinciales designados entre personal ajeno a EPSA les será de aplicación el R.D. 1382/85, por el que se regula la relación laboral especial de alta dirección», así como el Estatuto del Directivo Intermedio de EPSA que se aprobó «por el Consejo de Administración de la citada empresa en sesión de 28-05-2007» y el que «... considera, art. 1, personal directivo intermedio a todo el personal que realice funciones directivas en EPSA o de auxilio a la Dirección de la misma y así venga reconocido en su estructura orgánica o funcional. El art. 3 señala que todos los cargos directivos intermedios tienen carácter de confianza y son de libre designación...».

2. Por su parte, la empleadora EPSA en su impugnación, –además de invocar el citado art. 19 del Reglamento de Régimen Interior de EPSA–, afirma que una simple aplicación del art. 13.4 EBEP («Cuando el personal directivo reúna la condición de personal laboral estará sometido a la relación laboral de carácter especial de alta dirección») a los antecedentes de hecho declarados en la sentencia recurrida supondría la consideración de personal de alta dirección del demandante, sobre todo partiendo del hecho del que toda su relación laboral se ha sustanciado bajo la vigencia del EBEP, que resulta de aplicación a EPSA, y a pesar de asumir a lo largo del proceso que al EBEP no se hace referencia alguna en el contrato de trabajo suscrito.

Quinto. Con respecto a la relación especial de alta dirección y las Administraciones públicas, la jurisprudencia de esta Sala se ha pronunciado, tanto con anterioridad como con posterioridad a la entrada en vigor del EBEP, señalando, entre otros extremos, que:

a) «No hay un concepto especial de alta dirección para las Administraciones Públicas y si éstas en virtud de las normas de Derecho Administrativo no pueden en principio delegar “poderes inherentes” a la esfera de competencia propia de los órganos administrativos

superiores, de ello se derivarán las correspondientes restricciones en la aplicación de este tipo de contratos, pero sin que en ningún caso sea posible dispensar la concurrencia de alguno de los requisitos que delimitan la alta dirección, permitiendo que se otorgue esta calificación a trabajos que no cumplen las exigencias legales» (STS/IV 17-junio-1993 -rcud 2003/1992).

b) En interpretación de las normas de rango legal contenidas en el art. 20.4 del R.D.L. 1/1999, de 8 de enero (sobre selección de personal estatutario y provisión de plazas en las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social), en el que se disponía que «4. La provisión de los órganos de dirección de los centros, servicios y establecimientos sanitarios podrá efectuarse también conforme al régimen laboral especial de alta dirección, regulado en el Real Decreto 1382/1985...» y que «Se entiende por órganos de dirección, a los efectos previstos en el párrafo anterior, los Directores Gerentes de los Centros de Gasto de Atención Especializada y Atención Primaria, así como los Subgerentes y los Directores y Subdirectores de División», la que se reprodujo literalmente en la posterior DA 10.ª Ley 30/1999, de 5 de octubre (de Selección y provisión de plazas de personal estatutario de los Servicios de Salud), se rechaza que en estos supuestos pueda aplicarse el concepto del personal de alta dirección contenido en el R.D. 1382/1985, y se afirma que en lo que dichas normas legales se efectúa es realmente «otorgar la condición de relación laboral especial a la de los directivos de centros hospitalarios de la Seguridad Social»; argumentándose que «esta interpretación no puede ser aceptada ... toda vez que la misma vacía totalmente de contenido a la ... disposición final séptima, pues no existiría ningún caso al que tal norma se pudiera aplicar. Esto es obvio, dado que la “empresa” que hay que tomar en consideración en estos casos es el Insalud o el correspondiente Servicio autonómico de Salud, y con respecto a tales entidades el cargo directivo de mayor rango o jerarquía de un hospital de la Seguridad Social, nunca ostenta “poderes inherentes a la titularidad jurídica” de esas entidades gestoras, poderes que además han de ser “relativos a los objetivos generales” de éstas; siendo totalmente inviable que un directivo de un hospital ostente, por razón de ese específico cargo, poderes “relativos a los objetivos generales” del Insalud o de un Servicio de Salud de una Comunidad Autónoma» y que «Es más, aunque como mera hipótesis se aceptase (con error palmario) que a este objeto la empresa que se ha de tomar en consideración es únicamente el propio hospital o centro sanitario, tampoco así puede pensarse que exista en esas instituciones sanitarias algún directivo, por muy elevado que sea su puesto, que tenga unos poderes y facultades de las características y condiciones que exige dicho art. 1-2, puesto que no cabe que esos poderes y facultades sean “inherentes a la titularidad jurídica” de ese hospital, que siempre corresponderá a la entidad gestora de que se trate, ni tampoco los ejercerá con “autonomía y plena responsabilidad”, ya que necesariamente ha de seguir, acatar y cumplir las reglas, mandatos y disposiciones que le imponga dicha entidad gestora». Se concluye que «conforme a las disposiciones legales que se vienen comentando, la normativa reguladora del personal de alta dirección que se previene en el Real Decreto 1382/1985, se aplica a determinados directivos de centros sanitarios los cuales no cumplen en absoluto, los requisitos y presupuestos que, según el art. 1.º de dicho Decreto, son necesarios para poder ser incluidos en el concepto de personal de alta dirección que esta norma establece», añadiendo que «esta realidad no supone que pueda sostenerse que aquellas disposiciones legales hayan vulnerado los mandatos de la Constitución... Se funda este criterio en las siguientes consideraciones: ... 4). La divergencia de tratamiento se produce entre las disposiciones a que se viene aludiendo, y el art. 1-2 del R.D. 1382/1985, pero este precepto tiene rango reglamentario, mientras que aquellas otras ostentan la condición y carácter de leyes formales...» y que «5). Es más, el apartado i) del art. 2-1 del ET extiende el concepto de relación laboral especial a “cualquier otro trabajo que sea expresamente declarado como relación laboral de carácter especial por una Ley”. Y ésto es, en definitiva, lo que han hecho las disposiciones legales comentadas, toda vez que lo que en ellas se hace realmente es otorgar la condición de relación laboral

especial a la de los directivos de centros hospitalarios de la Seguridad Social. Sin que esta conclusión pueda entenderse desvirtuada por el hecho de que ese otorgamiento se efectúe mediante el sistema de remitirse a los mandatos del R.D. 1382/1985» (STS/IV 2-abril-2001 -rcud 2799/2000, Sala General).

c) Finalmente, siguiendo la doctrina de la citada STS/IV 2-abril-2001, la Sala en su STS/IV 14-febrero-2012 (rcud 4431/2010), en un singular supuesto relativo al director gerente de un hospital psiquiátrico contratado como personal de alta dirección por el Servicio Vasco de Salud, ha interpretado que aunque en el momento de la contratación como personal de alta dirección existiese un vacío legal para autorizar tal calificación de acuerdo con el R.D. 1382/1985, debe entenderse aplicable el régimen del personal de alta dirección, al menos a partir de la entrada en vigor del EBEP (art. 13.4 ), pues «Parece claro... que la relación laboral iniciada entre el Servicio Vasco de Salud y el hoy recurrido se inició bajo una legislación que resultó a posteriori no idónea, pero no podemos olvidar que una vez que por normativa idónea se dio carta de naturaleza a la relación laboral especial de alta dirección, la relación laboral de aquella manera iniciada, continuó en todos sus extremos incluida la alta responsabilidad y su justa remuneración, sin que ninguna de las partes a lo largo de la extensa relación, hicieran amago de apartarse de su regulación».

Sexto. 1. En cuanto al EBEP (Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público), explica en su Exposición de Motivos que «... el Estatuto Básico define las clases de empleados públicos –funcionarios de carrera e interinos, personal laboral, personal eventual– regulando la nueva figura del personal directivo. Este último está llamado a constituir en el futuro un factor decisivo de modernización administrativa, puesto que su gestión profesional se somete a criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad y control de resultados en función de los objetivos ... conviene avanzar decididamente en el reconocimiento legal de esta clase de personal, como ya sucede en la mayoría de los países vecinos». Por otra parte, en su texto normativo, define como personal laboral «... el que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas. En función de la duración del contrato éste podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal» (art. 11.1), especificando que «Las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto establecerán los criterios para la determinación de los puestos de trabajo que pueden ser desempeñados por personal laboral, respetando en todo caso lo establecido en el artículo 9.2» (sobre funciones reservadas a los funcionarios públicos) (art. 11.2); y dedicando, separadamente, un subtítulo al «personal directivo», disponiendo que «El Gobierno y los Órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas podrán establecer, en desarrollo de este Estatuto, el régimen jurídico específico del personal directivo así como los criterios para determinar su condición, de acuerdo, entre otros, con los siguientes principios: 1. Es personal directivo el que desarrolla funciones directivas profesionales en las Administraciones Públicas, definidas como tales en las normas específicas de cada Administración. 2. Su designación atenderá a principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad, y se llevará a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia. 3. El personal directivo estará sujeto a evaluación con arreglo a los criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con los objetivos que les hayan sido fijados. 4. La determinación de las condiciones de empleo del personal directivo no tendrá la consideración de materia objeto de negociación colectiva a los efectos de esta Ley. Cuando el personal directivo reúna la condición de personal laboral estará sometido a la relación laboral de carácter especial de alta dirección» (art. 13).

2. En interpretación de la normativa del EBEP sobre el personal directivo, la jurisprudencia de esta Sala, –en sus SSTS/IV 12-septiembre-2014 (rcud 1158/2013), 12-

septiembre-2014 (rcud 2591/2012), 12-septiembre-2014 (rcud 2787/2012) y 15-septiembre-2014 (rcud 940/2013)–, ha declarado que:

a) «Las sociedades mercantiles, cuyo capital sea de titularidad pública y con la forma de sociedad de capital, constituyen una forma de gestión directa de los servicios públicos locales, las que se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación (art. 85.1 y 2.d, 85 ter. 1 LBRL-Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local), y conforme destaca la doctrina científica, en interpretación de los referidos preceptos, al no contener referencia alguna al régimen del personal a su servicio debe estarse al régimen de derecho laboral común».

b) «Igualmente debe destacarse que, a pesar de que el EBEP pretende regular de manera unitaria los aspectos básicos de todos los empleados públicos, resulta que las sociedades mercantiles públicas no están bajo su ámbito de aplicación, como se deduce del art. 2 EBEP (“ámbito de aplicación”) pues solamente afecta al personal de las Administraciones Públicas, –como destaca la doctrina, al personal de toda Administración o entidad que, jurídicamente, tenga carácter público, es decir, personalidad jurídica pública–, entre ellas expresamente “Las Administraciones de las Entidades Locales” y a las “demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas” (art. 2.1), carácter que no ostentan las referidas sociedades, pues lo esencial para tal aplicación es que se trate de entes con personificación jurídica de Derecho administrativo no de Derecho civil o mercantil; si bien, siendo configurables tales sociedades como entidades del sector público local, les son de aplicación determinados principios generales sobre los empleados públicos contenidos en el EBEP, ya que, conforme a su DA 1.<sup>a</sup>, “Los principios contenidos en los artículos 52, 53, 54, 55 y 59 serán de aplicación en las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el artículo 2 del presente Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica», en concreto los relativos a los “Deberes de los empleados públicos. Código de Conducta” (art. 52), “Principios éticos” (art. 53), “Principios de conducta” (art. 54) y “Principios rectores” del acceso al empleo público, así “Todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y de acuerdo con lo previsto en el presente Estatuto y en el resto del ordenamiento jurídico...” (art. 55)».

c) Destacando, finalmente, y con carácter general, que «no ha sido objeto de desarrollo normativo a nivel estatal ni a nivel autonómico la previsión que sobre el personal directivo profesional al servicio de las Administraciones públicas incluidas en su ámbito de aplicación se contiene en el art. 13 EBEP antes citado (“El Gobierno y los Órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas podrán establecer, en desarrollo de este Estatuto, el régimen jurídico específico del personal directivo así como los criterios para determinar su condición...”), puesto que se trata de una mera posibilidad y no de un deber de regulación; y sin contemplar ni siquiera el EBEP una legislación específica de desarrollo sobre el personal directivo local; y sin que sea aplicable al presente caso (al haber sido adicionada por la DF 1 R.D. 451/2012, de 5 de marzo, y referirse exclusivamente al sector público estatal art. 2.1 R.D. 451/2012), el Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo (por el que se regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades) en relación con la DA 8.<sup>a</sup> del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero.»

Séptimo. 1. La aplicación de la normativa y jurisprudencia expuesta sobre el contrato laboral ordinario y el especial de alta dirección comporta la estimación del recurso, pues las funciones encomendadas al hoy recurrente para el desempeño del cargo de «Gerente provincial» de la empresa pública demandada, que ostenta el carácter de «Entidad urbanística especial» y la condición de Promotor público de construcciones protegibles

en materia de vivienda y adscrita a la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía, con la que suscribió contrato de trabajo por tiempo indefinido como «directivo intermedio», configurado por las partes como relación laboral de carácter «común» y estableciendo de aplicación supletoria el Estatuto de los Trabajadores «en todo lo que no se oponga a las estipulaciones de este contrato y al Estatuto del Directivo Intermedio, que serán de aplicación preferente» y excluido de las disposiciones establecidas en el Convenio colectivo de la empresa estructurada en diversas áreas de actuación a nivel territorial provincial, elegido para la contratación sin previo proceso selectivo y por la condición de confianza, en manera alguna puede entenderse, que las funciones efectivamente realizadas entrañaran realmente ejercicio autónomo de poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativo a sus objetivos generales, pues su real actividad se limitaba a realizar funciones directivas intermedias en un ámbito provincial dependiendo funcionalmente de «los distintos Directores de Áreas de los Servicios Centrales» y con subordinaron al Consejo de Dirección del que no forma parte («La empresa celebra Consejo de Dirección en el que interviene el Director, Subdirectores y Directores de Área, y Consejo de Dirección ampliado, en el que además de los anteriores se invita a los gerentes provinciales»), sin que conste que hubiere realizado funciones distintas de trascendencia a los efectos de variar el carácter de la relación jurídica.

2. Por otra parte, como ha destacada nuestra jurisprudencia, «el hecho de que existiese una relación de confianza no es suficiente para apreciar la existencia de un trabajo de alta dirección, porque ni la confianza es elemento privativo de esa relación, ni la existencia de la misma podría justificar la falta de los requisitos legales» (STS/IV 17-junio-1993 -rcud 2003/1992).

3. Estas circunstancias denotan la condición de mando inferior o intermedio en una actividad sectorial que correspondía al hoy recurrente, pues «cualquiera que haya sido el grado de autonomía real en el trabajo, lo cierto es que esa autonomía no equivale a la posición jerárquica que en el vértice de la organización contempla el art. 1.2 del R.D. 1382/1985» (STS/IV 17-junio-1993 -rcud 2003/1992), no incluíble en la definición de alta dirección que figura en el citado art. 1.1, lo que excluye el sometimiento de la relación material traída al proceso del ámbito de aplicación del Real Decreto 1382/1985, siendo, por el contrario aplicable a la misma la legislación laboral común.

4. Además, al no existir normal legal habilitante, –a diferencia lo que acontecía en el supuesto analizado en nuestra citada STS/IV 2-abril-2001 (rcud 2799/2000, Sala General) sobre cargos directivos de hospitales y centros sanitarios–, con respecto a la posible relación laboral especial de los distintos directivos de las diversas áreas de las empresas públicas dependientes de las Administraciones de las Comunidades Autónomas, debe estarse al concepto de personal de alta dirección contenido en el citado art. 1.1 del Real Decreto 1382/1985, el que, por lo expuesto, y ni siquiera con una interpretación flexible, se acredita que concurra en el supuesto ahora enjuiciado, al faltar los requisitos exigibles para ello conforme a la interpretación jurisprudencial referida.

5. Finalmente, visto lo establecido en los antes transcritos arts. 2.1.a ) e i) (relaciones laborales de carácter especial) y 3.1.c), 3 y 5 (fuentes de la relación laboral), resulta jurídicamente evidente que ni el «Reglamento de Régimen Interior» de EPESA, aprobado por Orden 31-07-1991 (BOJA 10-08-1991) ni el Estatuto del Directivo Intermedio de EPESA que se aprobó «por el Consejo de Administración de la citada empresa en sesión de 28-05-2007», tiene la virtualidad jurídica necesaria para constituir o configurar relaciones laborales de carácter especial, por lo que cuando se contrate a un trabajador como personal de alta dirección las funciones que realice deben encajar plenamente en las definidas en el R.D. 1382/1985, pues, como se ha indicado, «No hay un concepto especial de alta dirección para las Administraciones Públicas y si éstas en virtud de las normas de Derecho Administrativo no pueden en principio delegar “poderes inherentes” a la esfera de competencia propia de los órganos administrativos superiores, de ello se derivarán las correspondientes restricciones en la aplicación de este tipo de contratos, pero sin que

en ningún caso sea posible dispensar la concurrencia de alguno de los requisitos que delimitan la alta dirección, permitiendo que se otorgue esta calificación a trabajos que no cumplen las exigencias legales» (STS/IV 17-junio-1993 -rcud 2003/1992). Resultando, además, inaplicable el art. 13 EBEP sobre personal directivo y relación laboral especial de alta dirección al tratarse de un precepto no desarrollado normativamente, aparte de no estar invocado en el contrato de trabajo litigioso.»

También cabe citar la del STSJA de Granada de 29/4/2015 en rec suplic 270/15 que es firme, en que se estima el recurso formulado por el trabajador y desestima el de la empresa frente a un directivo intermedio, contra la sentencia que declaró procedente su cese, con similares condiciones laborales a los de los aquí actores, en que hemos expuesto:

«...Tercero. Al amparo igualmente del apartado c) del art. 193 LRJS denuncia acto seguido la recurrente, infracción del art. 1.2 R.D. 1382/85, en relación con el 1, art. 103.3 de la C.E. y 13.2 del EBEP. Art. 17.2 del Reglamento de Régimen Interior de EPSA aprobado por la Orden de 31 de julio de 1991 (BOJA núm. 71, de 10 de agosto). Art. 28.1 y 2 Ley 6/85, de 28 de noviembre, sobre Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía, arts. 3 y 4 R.D. 451/2012, de 5 de marzo. Así como la jurisprudencia que refiere y que estima en síntesis cometida, por cuanto como aduce, la relación contractual suscrita por el actor se ha realizado bajo los criterios de libre designación de la Dirección de EPSA y especial confianza con la anterior Dirección, sin superar ningún proceso de selección lo que evidencia una naturaleza política pudiendo ser nombrados y cesados libremente. En segundo lugar, por cuanto considera que nos encontramos ante un contrato de Alta Dirección en base tanto a la normativa de EPSA art. 17.2 Reglamento de Régimen Interior art. 3 y 4 del R.D. 451/2012 donde se define y regula la figura del Directivo y art. 13.4 del EBEP que igualmente prevé que el personal directivo que tenga la condición de personal laboral, deberá formalizar una relación contractual de alta dirección. Pasando acto seguido, a efectuar extensa y detallada relación de la jurisprudencia y doctrina de aplicación que considera de aplicación.

Y en su siguiente motivo, bajo el epígrafe extinción de la relación contractual y con el mismo amparo procedimental, aduce que si se considera la relación contractual como política el art. 12 del EBEP, si se considera de Alta Dirección la Ley 3/2002, de 21 de septiembre, de Medidas Fiscales, Administrativas laborales y en materia de Hacienda Pública para el reequilibrio económico-financiero y si se considera común el art. 49.1.c) ET. Y reincidiendo nuevamente en la consideración del actor de Litis como cargo directivo de confianza que como tal puede por tanto ser cesado libremente y sin ninguna justificación, art. 28.2 Ley ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía, art. 11 del Estatuto del Personal DI cuyo cese igualmente no daría lugar a indemnización alguna e igualmente art. 29 1 y 2 de la Ley 3/12 por su condición de personal de Alta dirección o asimilada. Añadiendo por último, que si finalmente se considerara la relación contractual como laboral común habida cuenta que la jurisprudencia ha asimilado al Indefinido no fijo con el interino de puesto, justa causa de extinción conforme a al misma sería tanto la cobertura reglamentaria de la plaza como en el caso de Litis, si la plaza ha sido amortizada.

Y ninguna de tales infracciones puede ser apreciada, en cuanto se vuelve a reiterar, no estamos ante una relación laboral especial de Alta Dirección y menos aún por tanto, de mera naturaleza política y ello por más que como se aduce, se hubiera procedido a la contratación del actor de litis, sin proceso selectivo previo basado en los principios de igualdad mérito capacidad y publicidad, basado en la simple confianza y afinidad política, con lo que las peculiaridades en relación al nombramiento y cargo ocupado, entroncaría con la regulación que realiza el EBEP en su artículo 12 y referida al personal eventual de confianza por lo que la actora estaría sujeta al libre cese y a la carencia de indemnización.

Pues ello en cualquier caso, comportaría consagrar una situación de fraude en beneficio además del que la ha propiciado.

Y como por su parte opone la recurrida en su impugnación, esta Sala ya se ha pronunciado sobre supuestos análogos al de Litis al resolver sus recursos de suplicación 1209/13 y 1792/14 sobre ceses igualmente de Directores de oficinas de Rehabilitación, razonando esta última haciéndose eco de la anterior y en relación a toda la normativa ahora igualmente denunciada como infringida, que "... la relación jurídica es la de un trabajador indefinido y común, desde 2004, sin que sobrevenidamente y sin su autorización la empresa unilateralmente pueda imponer un cambio de la naturaleza del vínculo, renunciando a derechos indisponibles. La actora no desempeñaba tareas en el vértice jerárquico de la organización empresarial sólo dependiente del empresario o consejo de administración, ni por sus competencias, funciones o atribuciones ejercitadas al carecer de la suficiente autonomía puede ser considerada un alto directivo, pues estaba sometida a órganos jerárquicamente superiores, y si formalmente se concertó un contrato al amparo del R.D. 1382/85, EDL 1985/8994, el mismo era fraudulento, con lo que su relación es la pretendida en demanda". Debe tenerse en cuenta que en fecha 2 de diciembre de 2005 la actora tras "firmar baja voluntaria y renuncia a su puesto de técnico con el fin de aceptar puesto de libre designación ofrecido por la demandada suscribió un contrato especial de Alta Dirección..." (hecho probado primero). Pese a la firma del anexo del contrato, en 2005 a la actora no puede serle de aplicación la extinción del mismo por pérdida de confianza a que alude el art. 9.a del Estatuto del directivo intermedio, que ha sido dictado por EPSA invadiendo competencias exclusivas del estado (arts. 35, 2.º y 149, 1.7.ª de la constitución Española) y que no puede tener carácter normativo por tanto, si bien sí que puede ser considerado como fuente de la relación laboral al aceptarse en el contrato, si bien con el límite de que no puede disponerse de derechos ya adquiridos, en este caso no le afectaría aquella modificación que iría en perjuicio de las condiciones establecidas por disposiciones legales o convencionales conculcando el art. 3, 3.º y 5.º del ET. Si bien la pérdida de confianza puede avalar la extinción del contrato, ha de ser enmarcada dentro del régimen del despido disciplinario del art. 54, 1.º del ET.

Ya se decía en la sentencia de referencia de esta misma Sala que "El desistimiento unilateral sólo puede estar previsto como causa extintiva en el contrato conforme a la ley y este es factible sólo respecto al contrato de alta dirección –ex art. 11 del R.D. 1382/85, con la correspondiente indemnización pactada o legal, pero no en el contrato laboral ordinario indefinido, convirtiéndolo en realidad en temporal que siempre debe obedecer a una causalidad, conculcando la doctrina consagrada en STS de 19/9/2000 y 13/10/1999. Doctrina que no puede ser variada ni aún en base a un pacto amparado por el principio de autonomía de la voluntad, pues ello implicaría disponer de derechos irrenunciables, por lo que no es posible otorgar eficacia extintiva a esta cláusula por el cumplimiento de una condición resolutoria asociada a un factor de confianza respecto de la empresa, con merma del derecho del trabajador a la indemnización debida, pues se trataría de un proscrito abuso de derecho. Invoca la STSJ de Madrid de 15/10/2012. En su consecuencia, la comunicación de cese constituye un despido improcedente, al no estar amparada en causa legal. En segundo lugar, y de forma subsidiaria, de aceptarse la virtualidad de la causa extintiva del art. 10 del referido estatuto, el art. 11 establece el percibo de la indemnización legal que para el despido y como máximo está estipulada en el ET, que será la referida en el art. 56 del ET, sin que pueda operar la modificación unilateral excluyente de la resolución de 8/10/2012, que no fue aceptada en su contrato por la actora, vulnerando el sistema de las fuentes y normas de derecho necesario indisponibles para las partes.

Algún sector doctrinal estima que, tratándose de un servicio público, no puede estarse a la literalidad del art. 1.2 del R.D. 1382/85, pues si se exigiera que el directivo ejercitarse poderes inherentes a la titularidad de la empresa y relativos a objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad, tal y como exige la citada norma, no

existiría ningún caso que pudiera aplicarse. Pero eso es una petición de principio, pues de los efectos se pretende inducir los requisitos. Lo que dice el R.D. 1382/1985, es previo a los efectos que tenga en una concreta empresa o un concreto modelo de empresa o de forma de contratación. Es cierto que tiene indudable valor configurador del tipo de contrato que se celebra, el dato de que lo que prima en estos casos de los llamados directivos intermedios es la relación de confianza que se establece entre empresa y directivo, y esa ratio contractual rige solo la concertación del contrato, sino su retribución, sus funciones y toda su dinámica. Se trata de un mecanismo de extrema peligrosidad porque, estando fuera de las RPT se adicionan a los titulares de las plazas escalafonadas, les privan de funciones, son antepuestos a ellos, sin más razón o motivo que la adición ideológica a quien le contrata, de forma que en caso de variar los responsables de la acción de gobierno, no solo es razonable y natural que sustituyan asimismo los sujetos a quienes aquellos encargan la superior materialización de su política, sino imprescindible para evitar que en pocos años, el staf se multiplique hasta tal punto que se obstaculicen entre sí y a los titulares de las plazas de la RPT. Por su parte la Jurisprudencia de la Sala IV del TS viene sintetizando los rasgos que caracterizan la relación laboral de alta dirección, así: 1.º han de ejercitarse poderes inherentes a la titularidad de la empresa que se incluyan en el círculo de decisiones fundamentales o estratégicas con independencia de que exista un acto formal de apoderamiento; 2.º los poderes han de referirse a los objetos generales de la entidad, lo que supone que las facultades otorgadas además de afectar a áreas funcionales de indiscutible importancia para la vida de la empresa, hayan de ser referidas normalmente a la íntegra actividad de la misma, o a aspectos trascendentales de sus objetivos; 3.º el alto directivo ha de actuar con autonomía y plena responsabilidad, es decir, con un margen de independencia sólo limitado por los criterios o directrices de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad.

En el supuesto enjuiciado, es claro y evidente que la relación laboral se inició como Alta Dirección el 2 de diciembre de 2005, cuando se suscribió contrato, sujeto formalmente al Real Decreto 1382/85, de 1 de agosto, para ocupar el cargo de libre designación de Directora de la oficina de Rehabilitación de Almería, se basa el desempeño del cargo en una relación de especial confianza, el contrato se suscribe con duración indefinida y se estipula que, dado el carácter especial de los servicios a desarrollar, la presente relación se basará en la recíproca confianza entre las partes (...) sobre la base de todo ello, el contrato podrá darse por terminado por desistimiento unilateral de la Empresa, sin necesidad de invocar causa del mismo, sin perjuicio del preaviso que legalmente corresponda y que en el supuesto de resolución unilateral del contrato por la Empresa, quedará ésta únicamente obligada al abono de las indemnizaciones establecidas en el R.D. 1382/1985, de 1 de agosto, siendo el régimen jurídico de la relación el propio contrato y para lo no previsto en el mismo se estará a lo dispuesto en el R.D. 1382/1985, de 1 de agosto y, en su defecto, en el Estatuto de los Trabajadores. El 5 de septiembre de 2007, se suscribe contrato de trabajo de duración indefinida, para prestar servicios como "Directiva Intermedia: Directora Técnica de las Oficinas de Rehabilitación del Puche y la Chanca de Almería", Grupo 02, retribución según el Estatuto de Directivo Intermedio (cláusula 6.ª), expresamente excluido de Convenio Colectivo (cláusula 8.ª) y con expresa vinculación al Estatuto del Directivo Intermedio de EPSA, de modo que la relación laboral del DI y la empresa venía por el "Contrato de trabajo para el desempeño del puesto DI y por las disposiciones contenidas en el Estatuto de Directivo Intermedio (en adelante EDI) incorporándose tanto el mentado contrato como el EDI firmados. Se ha de añadir que, según lo dispuesto en el artículo 10 EDI, la condición de DI se extinguirá y con ella los vínculos contractuales o acuerdos existentes, cuando concurra alguna de las circunstancias consignadas en la normativa laboral vigente y en especial por las siguientes causas: a) pérdida de confianza, b) el incumplimiento contractual del directivo, c) la reestructuración orgánica o funcional que suponga la amortización del cargo directivo, d) petición propia. La presente relación se basa en la confianza de las partes, siendo

el cargo de DI de los de libre designación por la Dirección de la Empresa. Se considera elemento esencial del contrato el mantenimiento de la recíproca confianza entre las partes y la exigencia de la buena fe en el nacimiento, desarrollo y extinción del mismo, con las consecuencias resolutorias inherentes a tales consideraciones. El desempeño del cargo de DI exige dedicación exclusiva y es incompatible con cualquier otro trabajo ajeno a la Empresa, siendo además de aplicación a la presente relación laboral el régimen de incompatibilidades vigente para el personal al servicio del sector público.

Es claro y evidente se decía entonces, que la actora desempeñó un cargo de libre designación, sin que llegara a ostentar un cargo de alta dirección, como bien expresa su contrato que lo califica de común u ordinario, pues el desarrollo su trabajo, por mucha autonomía y responsabilidad que tuviera, estaba sujeto a los criterios e instrucciones del Director de EPSA y Gerente provincial. Ello al margen de que se configure un supuesto de contrato de alta dirección en el Reglamento de Régimen Interior de EPSA, en su artículo 19. Y ello porque este reglamento contiene unas denominaciones meramente internas o relativamente funcionales, que no se adecuan a los requisitos ya expuestos del R.D. 1382/1985, y de la jurisprudencia que se acaba de recordar. En definitiva, para este Reglamento, no es viable que dos personas de alto rango en la empresa, una de ellas sometida a la otra, ambos puedan lucir la condición de personal de alta dirección.

Como ya dijimos en la sentencia de esta Sala de referencia, "De lo expuesto se debe concluir que nos encontramos ante una relación laboral, paralela a la ordinaria común o de alta dirección, basada en la recíproca confianza de las partes, que no esta incluida dentro del ámbito del convenio colectivo de la entidad demandada, sometida a unas cláusulas especiales recogidas en el propio contrato suscrito, cuyo extinción se ha producido al concurrir una de las causas previstas en el clausulado suscrito entre las partes, cual es la pérdida de confianza". Sin embargo pese al posterior pacto contractual de sumisión al estatuto del mando intermedio, que es lo que ha realizado en realidad la empresa, al hacer depender la extinción del vínculo de la exclusiva voluntad empresarial, proceder que equivale al despido sin causa y fuera de los márgenes del despido disciplinario, que legislativamente en el art. 54.2 d del ET si consagra la extinción contractual por el abuso de confianza, y sin que la validez y cumplimiento del contrato pueda quedar al arbitrio de la voluntad de una de las partes contratantes.

Así sobre las funciones desarrolladas por la actora, de Dirección de la Oficina de Rehabilitación del Puvhet la Chanca de Almería desde el 2 de diciembre del 2005 como máxima autoridad en la indicada oficina, dentro del organigrama jerárquico de EPSA estando por debajo del Gerente provincial y Coordinador provincial en el desempeño de sus funciones actuaba con sometimiento a las directrices de sus superiores y siempre del Consejo de Administración. No constan los poderes ni el eventual contenido sobre atribuciones que la misma ha podido ostentar, de existir, para calificarla como alto directivo en sí. Sin que además justifique tal decisión extintiva unilateral la aprobación del Estatuto del directivo intermedio, aprobado por resolución de la empresa por acuerdo de su consejo administrativo de 25 de julio de 2007, y al que se somete expresamente la actora en la suscripción del contrato de trabajo de 5/9/2007.

Aunque la empresa es de carácter público, dependiente de la Junta de Andalucía, el cuestionado estatuto del mando intermedio no se trata de una norma aplicable a todos los empleados públicos dependiente de la misma con carácter de generalidad, a todo el sector público andaluz, sino de unas condiciones específicas laborales de un colectivo de trabajadores perteneciente a la referida empresa enmarcada en la Consejería de Obras públicas, como establece el art. 1.º del mismo. El referido estatuto específico de dicha empresa pública, que consigna la pérdida de confianza como causa específica de extinción de tal contrato de trabajo en el art. 10, causa que surtiría plenos efectos ex art. 49.1.ºb del ET pero ello siempre que estuviera recíprocamente compensada económicamente, respetando los mínimos de derecho necesarios irrenunciables de todo trabajador. Si bien en la administración pública no hay una aplicación milimétrica de la

doctrina jurisprudencial sobre alto directivo que en la empresa privada, como establece la STS de 2/4/2001, ya que la administración cuenta con la posibilidad de atribuir tal carácter sobre la base de una norma expresa, cual es hoy el art. 13, 4.º del EBEP, que atribuye la sumisión para este personal a la regulación de alto directivo, a quien acredite su idoneidad, mérito y capacidad, sin necesidad de que se desempeñen poderes inherentes a la titularidad de la personalidad jurídica de la Administración concernida y relativos a objetivos generales de las mismas. Ahora bien, lo que exige el precepto es que dicha relación laboral especial se someta en bloque y no por partes a las prescripciones del R.D. 1382/1985, de 1 de agosto, y en el presente caso esto no ha sido respetado por la empresa, que pretende espiguar lo que a ella beneficia.

Atendiendo al indicado Estatuto del Directivo Intermedio, el artículo 1.2 literalmente dispone: 2. Se considera personal directivo intermedio a todo el personal que realice funciones directivas en la Empresa Pública del Suelo de Andalucía o de auxilio a la Dirección de la misma y así venga reconocido en su estructura orgánica o funcional.»

Por lo tanto, la nota esencial que califica de Directivo Intermedio, es la realización de funciones directivas, o de auxilio a la Dirección, y que además, vengan así reconocido en la estructura orgánica o funcional.

El artículo 2, en relación al grupo directivo, aclara que el 0.3, directores de oficina de rehabilitación y otros puestos asimilados. Dicho cargo, según el artículo 3, es de libre designación, tiene carácter de confianza, y es competencia del Director de la Empresa, el nombramiento, contratación, cese, determinación de las funciones y competencias de dicho directivo intermedio (art. 3.2 del Estatuto del Directivo Intermedio). Las relaciones con la Empresa, se formalizan por escrito cuyas «determinaciones se ajustarán a lo dispuesto en este Estatuto y a la normativa legal que resulte de aplicación».

El artículo 10, en su apartado segundo, recoge las causas de extinción de la relación laboral, por: a) pérdida de confianza; b) por incumplimiento contractual del directivo; c) por reestructuración orgánica o funcional que suponga la amortización del cargo directivo; d) a petición propia.

El artículo 11, relativo a la indemnización por la extinción del contrato, dispone que: «El cese en su cargo del personal directivo intermedio que no provenga del personal fijo o indefinido de la Empresa, cuando fuera motivado por las causas consignadas en las letras a) y c) del artículo 10.2 del presente Estatuto, dará lugar al abono de una indemnización limitada, como máximo, a la que en la fecha de extinción del contrato esté prevista en el Estatuto de los Trabajadores».

Por su parte, el artículo 29 de la Ley 3/2012, de 6 de julio (BOJA núm. 192, de 1 de octubre de 2012, y BOE núm. 255, de 23 de octubre de 2012), que entro en vigor el día 2 de octubre del 2012, dispone: «Artículo 29. Indemnizaciones por extinción de contrato. 1. El personal incluido en las letras b) y c) del artículo 3 de la presente Ley que ostente la condición de funcionario de carrera o personal laboral fijo de cualquiera de las Administraciones públicas, o mantenga una relación de carácter laboral con alguna entidad del sector público instrumental y cuente con reserva de puesto de trabajo, no tendrá derecho a indemnización alguna por la extinción de su contrato laboral por desistimiento del empresario. 2. Esta medida será también de aplicación al personal cuyo contrato sea de alta dirección contemplado en el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, EDL 1985/8994, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección, así como al personal que mantenga una relación laboral asimilada a la de alta dirección basada en la recíproca confianza de las partes y que no esté incluido en el ámbito del convenio colectivo de la entidad correspondiente».

Partiendo de que como indica la STS 22 diciembre 2008, toda interpretación de una norma ha de ser acorde a los principios de la Constitución, como dispone el art. 5.1 LOPJ, lo que significa que de entre los posibles sentidos que pueda ostentar la norma, haya de elegirse «aquel que sea más conforme con las normas constitucionales» (SSTC 103/1990,

de 9/Marzo, FJ 2; 39/1992, de 30/Marzo, FJ 3; y 20/1994, de 27/Enero, FJ 2; 103/2002, de 06/Mayo, FJ 4; y 192/2003, de 27/Octubre).

De lo que se debe concluir, que dicha interpretación, por tanto, debe ser de naturaleza amplia para las normas favorecedoras en el reconocimiento de los derechos, y de naturaleza restrictiva o estricta, cuando se limiten o supriman los mismos.

Por lo que cuando el apartado segundo del artículo 29, comienza diciendo «Esta medida...», se viene a referir a la medida contemplada en el apartado primero, «en su integridad», y no cabe por tanto como sí de un espiguelo se tratase, aplicarla en una parte de su contenido, y no en su totalidad, lo que además, favorece el derecho a la indemnización, a aquellas personas, que no tienen reserva de puesto de trabajo. Interpretación que además, viene corroborada por el absurdo que lleva que el mismo contrato de alta dirección en la esfera privada, cuya extinción sí sería indemnizable, a diferencia de lo que ocurriría, con ese mismo contrato en una empresa pública, por lo que cabe concluir, que al requerirse la existencia de reserva de puesto de trabajo para estar exento de la indemnización, es predicable dicho requisito en el apartado segundo, y al estar acreditado que el recurrente no lo tenía, ni puede ser considerado como un alto directivo con plenitud de derechos y aplicación de la normativa específica.

En consecuencia de lo cual, debiendo estarse al criterio sentado por esta Sala ya expuesto y al no haberse constatado en el presente caso la concurrencia de circunstancias fácticas que aconsejen lo contrario, es por lo que como se dijo las infracciones denunciadas no pueden ser apreciadas. Debiendo añadirse además, en relación con la última consideración de la recurrente, de que aun cuando se estimarse la naturaleza de la relación que le vinculaba con el actor de Litis como indefinida no fija, en la medida en que ha sido asimilada con el interino vacante, bastaría con la amortización de su plaza como ha sido el caso, para su extinción, que la misma ha sido rectificada a partir de STS Pleno de 24.6.2014 como reconoce entre otras STS 18.12.2014 razonando al respecto, que ... En efecto, para la doctrina tradicional de la Sala-resumida por la precitada sentencia de 25-noviembre-2013:

a) La relación laboral “indefinida no fija” ... queda sometida a una condición resolutoria [provisión de la vacante por los procedimientos legales de cobertura], cuyo cumplimiento extingue el contrato por la mera denuncia del empleador y sin necesidad de acudir al procedimiento contemplado en los arts. 51 y 52 ET... (SSTS SG 27/05/02 -rcud 2591/01-; 02/06/03 -rcud-3243/02-; y 26/06/03 -rcud 4183/02).

b) La doctrina es extensible a los casos en que el puesto desempeñado desaparece por amortización ... porque no podrá cumplirse la provisión reglamentaria y habrá desaparecido el presupuesto de la modalidad contractual (SSTS SG 27/05/02 -rcud 2591/01-; 20/07/07 -rcud 5415/05-; y 19/02/09 -rcud 425/08-).

c) ... entenderlo de otro modo llevaría a conclusiones absurdas, ya que o bien supondría la transformación de hecho de la interinidad en una situación propia de un contrato indefinido..., o bien entrañaría la vinculación de la Administración a la provisión por un titular de un puesto de trabajo que estima innecesario y cuya supresión ya ha acordado (reproduciendo otras muchas anteriores, SSTS 08/06/11 -rcud 3409/10-; 27/02/13 -rcud 736/12-; y 13/05/13 -rcud 1666/12-). Y

d) Estas consideraciones son aplicables a los contratos “indefinidos no fijos”, pues –como ya se ha dicho– se trata de contratos también sometidos a la condición resolutoria de la provisión reglamentaria de la plaza y –por lo tanto– cuando por amortización no puede realizarse tal provisión, el contrato se extingue ex arts. 49.1.b) ET y 1117 CC.»

2. Pero en la citada sentencia de esta Sala de 24-junio-2014 (rcud 217/2013, Pleno) se ha rectificado el criterio precedente y se ha mantenido que:

«De lo expuesto se deriva que nos encontramos ante un contrato temporal de duración indeterminada pero en el que consta que el término pactado llegará: cuando la vacante ocupada se cubra tras finalizar el proceso de selección que se convocará para cubrirla (artículo 4-2 del R.D. 2720/1998). Obsérvese que ni la norma, ni el contrato contemplan

otra causa de extinción del mismo y que, cual se dijo antes no estamos ante un contrato sujeto a condición resolutoria, sino ante un contrato cuya duración está sujeta a un plazo indeterminado que necesariamente llegará, máxime cuando se trata de vacantes que deben ser objeto de oferta de empleo público (art. 70 del EBEP). La amortización de esos puestos de trabajo, mediante una nueva ordenación de los puestos de trabajo, aunque lícita y permitida por el art. 74 del EBEP no puede conllevar la automática extinción del contrato de interinidad celebrado para cubrirla porque no está prevista legalmente como causa de extinción de esos contratos sujetos a un término, a un plazo cuya mayor o menor duración se ha fijado por la norma y depende de la diligencia de la empleadora en poner en marcha los oportunos procesos de selección. La idea de que la amortización extingue el contrato porque el mismo tiene una condición resolutoria implícita en ese sentido debe rechazarse, porque, cual se ha dicho antes, nos encontramos ante una obligación a término indeterminado y no ante una condición, ya que la existencia de una condición requiere que el hecho del que depende sea incierto, incertidumbre que no se da cuando se fija un plazo indeterminado que llegará (art. 1125 CC). Además, esa condición resolutoria sería nula, conforme a los artículos 1115 y 1256 del Código Civil, pues su validez equivaldría a dejar al arbitrio de una de las partes la terminación del contrato, lo que no es correcto, según esos preceptos.

Consecuentemente, estamos ante un contrato temporal que por causa de la amortización de la plaza objeto del mismo se extingue antes de que llegue el término pactado. Dejando a un lado la procedencia de la amortización, dado que el control de la validez de la nueva RPT corresponde en principio a la jurisdicción contencioso administrativa, lo cierto es que nos encontramos ante un acto de la empleadora que supone la extinción de un contrato temporal antes de que llegue su vencimiento, lo que supone un perjuicio para la otra parte que ve truncadas sus expectativas de empleo, incluso de ganar en concurso la plaza que ocupa. Ese daño debe ser indemnizado, lo que en nuestro derecho del trabajo se hace mediante el abono de las indemnizaciones tasadas que se establecen para cada caso los artículos 51, 52 y 56 del ET y en los procedimientos establecidos al efecto, pues debe recordarse que, conforme a los artículos 7 y 11 del EBEP la legislación laboral es aplicable al personal laboral de las Administraciones Públicas.»

Pues bien, como ya hemos advertido, dicha nueva doctrina es aplicable igualmente a los trabajadores indefinidos no fijos, cuya extinción contractual también puede ser causada por la cobertura legal o reglamentaria de la plaza que ocupa –en su caso– o bien por la amortización de dicha plaza, pero siempre basada en causas previstas en la Disposición adicional vigésima del ET y con sujeción a los procedimientos e indemnizaciones establecidos en los arts. 51 o 52.c) y 53 del ET.»

Último. Con estos antecedentes, cabe acoger la pretensión subsidiaria de la demanda, pues con la actual redacción de las cláusulas excluyentes controvertidas y con la inexplicable complicidad de las centrales sindicales codemandadas que han intervenido en la negociación del convenio, respecto de las cuales y por la trascendencia pública del tema y proliferación de procesos judiciales que abordaban esta problemática en el seno de la empresa a lo largo de los últimos años, no cabe presumir precisamente ignorancia, lo que se ha pretendido de manera deliberada y contumaz es eludir la contundente línea jurisprudencial reseñada, que ya se ha pronunciado sobre la naturaleza de este tipo de contratos y la apuntada falta de virtualidad regulatoria integral del Estatuto del Mando intermedio, y por tanto debemos declarar nulos los arts. 1, 2.º del referido convenio, así como su disposición adicional primera y se les declara trabajadores sujetos al ámbito personal del mismo, con los demás pronunciamientos favorables consecuentes y derivados de esta declaración. Además y en concreto, ostentando la consolidada condición de trabajadores indefinidos de la empresa ya, ningún trato regulatorio diferenciado puede avalarse al resultar discriminatorio por el criterio de fecha de ingreso y mecanismo

de acceso a la empresa, pues todos son trabajadores de plantilla, y precisamente la empresa que achaca de pretender espiguar a los actores es la que entremezcla distintas regulaciones, a su conveniencia ya que según el referido informe se les retribuye ya como personal de Convenio.

A efectos de dirimir la posible discriminación en condiciones laborales básicas por la fecha de acceso a la empresa, hemos de referirnos a la STS de 12/11/2013 en recurso de casación 62/2013:

«... La STS de 12-noviembre-2002, mantiene que la fecha de ingreso en la empresa no es un motivo genérico de discriminación, y la STC 2/1998 de 2 de enero, que determina que no constituye la diferencia un trato discriminatorio, ya que el trabajador contratado a partir de una fecha tiene que adaptarse a la totalidad de la estructura general de la empresa, ni se está en presencia de una doble escala salarial por fijarse para todos los trabajadores de la empresa de nueva incorporación.

Fundamentan además este motivo en la revisión de hechos probados solicitada como motivo segundo del recurso, que ha sido desestimado. Al respecto, como señala –entre otras– la STS/IV de 12-noviembre-2002 (rec. 4334/2001 ): “De conformidad con doctrina jurisprudencial reiterada (STS 18-12-1997, 17-5-2000, 3-12-2000), la fecha de ingreso o admisión en la empresa no es un motivo genérico de discriminación o una circunstancia personal o social de tal carácter que se haya incluido en la lista tasada del art. 14 de la Constitución española (‘nacimiento, raza, sexo, religión, opinión, o cualquier otra circunstancia personal o social’), o en la relación más amplia de ‘discriminaciones favorables o adversas’ en el empleo y en las condiciones de trabajo de los artículos 4.2.c y 17.1 del Estatuto de los Trabajadores (‘sexo, origen, estado civil, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa y lengua dentro del Estado español’; también, en principio, “disminuciones físicas, psíquicas y sensoriales”).

Sentada la anterior premisa, las diferencias de trato entre trabajadores en función de la fecha de ingreso en la empresa establecidas en convenios o acuerdos colectivos pueden ser lícitas o ilícitas, de acuerdo con reiterada jurisprudencia constitucional (STC 2/1998, de 12 de enero, y las que en ella se citan), según estén o no basadas en una justificación objetiva y razonable. Siguiendo esta línea jurisprudencial, en el ámbito de las relaciones de trabajo el principio de igualdad de trato en materia de salarios ha de aplicarse matizadamente, haciéndolo compatible con otros principios como la autonomía de la voluntad (STC 34/1984, de 9 de marzo), o el propio principio de autonomía colectiva (STC 177/1988, de 10 de octubre). Entre los factores objetivos que justifican las diferencias de trato en materia de remuneraciones se reconocen expresamente, entre otros, los que derivan del contenido de los actos de trabajo, de la intensidad o duración del mismo, de la calidad de su realización, de los factores circunstanciales del medio de trabajo que influyen en la penosidad o peligro de su ejecución o en el esfuerzo laboral, o de las propias necesidades del trabajador (STC 34/1984 y STS 3-12- 2000).»

En el presente supuesto, la diferencia salarial, a pesar de que niega la empresa tenga su razón de ser en la «antigüedad» del trabajador, no cabe duda de su directa conexión con la fecha de ingreso en la empresa, sin justificación alguna objetiva y razonable de acuerdo con los preceptos convencionales impugnados que la regulan. Es por ello que ha de estimarse acertada la solución de instancia, pues la antigüedad en la empresa, directamente relacionada como es obvio con la fecha de ingreso del trabajador en la misma, como tal, puede constituir un incremento salarial, pero no puede convertirse –sin más– en un «minus» o elemento negativo de rebaja del 5% del salario base del trabajador, pues el salario debe considerarse, en principio, inmutable. Por todo ello, el motivo ha de desestimarse.»

También como mantiene la STS de 14/2/2013, en rcud:

«... la jurisprudencia de esta Sala IV del TS, así como la del TJCE, sobre el diferente alcance del principio de igualdad cuando el empleador es una empresa privada o cuando se trata de una entidad pública, en cuyo caso el principio constitucional de igualdad, entendido en sentido amplio y comprensivo de sus diferentes manifestaciones, tiene mayor juego por cuanto no es necesario que concurra alguna de las circunstancias discriminatorias especificadas en el artículo 14 CE (nacimiento, raza, sexo, etc.), sino que, aun en ausencia de ellas, es exigible la igualdad de trato como una manifestación del principio general de igualdad, independientemente de que exista o no una discriminación en sentido estricto.»

En primer lugar, la idoneidad del término de comparación: los trabajadores indefinidos tienen que ser trabajadores «comparables», lo que supone que tienen que estar en una posición de identidad. En este sentido nuestro Tribunal Constitucional se ha referido al juicio de igualdad como un juicio que es siempre un «juicio de carácter relacional» que, como tal, requiere, de un lado, que «se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas» y, «de otro, que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso» (por todas, STC 27/2004), como mantiene la STS de 25/9/2012.

Pues bien en este caso ninguna prueba material objetivada se ha realizado por las demandadas en orden a justificar el porqué a un colectivo considerable de directivos mandos intermedios sí se les incluye en el ámbito del Convenio tras la reestructuración y a estos concretos 15 actores sin embargo no se les incluye, pues ni se identifica a esos trabajadores beneficiados no demandantes, ni se objetiva el método o canal de ingreso en al empresa para reputarlos «de plantilla», para objetivar y explicar razonablemente el tratamiento diferenciado, tal como exige el art. 96, 1.º de la LRJS, máxime cuando algunos de los actores acreditan haber participado antes de su ingreso en la empresa en procesos de selección en concurrencia con terceros a través de empresas encomendadas por al empresa para proceder a su contratación. La empresa por la facilidad de acceso a las fuentes de prueba pudo haber realizado prueba convincente en momento hábil al respecto, debiendo pechar con las consecuencias de su omisión probatoria, ex art. 217, último párrafo de la LEC.

La declaración y condena a los efectos oportunos respecto de la Consejería de Hacienda que entraña la sentencia se funda en las repercusiones de asunción de obligaciones económicas o de otra índole respecto del colectivo de trabajadores demandantes en su consideración como trabajadores, empleados públicos dependientes de la referida Agencia.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente aplicación

#### FALLO

Que estimamos parcialmente la demanda entablada por los actores Carmen Nieto Rubio, José Ángel García Pastor, José Luis Corral López, Ana Belén Martínez Parra, Rosario Vázquez Zamora, José Ignacio Vélez Fernández, Rubén Jesús de la Torre, María Olle Fernández, Fernando Pujol Conejo, Rafael Rivera Blancas, Ernesto Alvea Rojas, María Elena Morón Serna, Lidio Ramírez Calle y Guillermo Hernández Tosco frente a los codemandados Comité Intercentros de la Agencia de Vivienda y Rehabilitación de Andalucía, Comité Intercentros de la Agencia de Vivienda y Rehabilitación de Andalucía de UGT, Comité Intercentros de la Agencia de Vivienda y Rehabilitación de Andalucía de SITE, Comité Intercentros de la Agencia de Vivienda y Rehabilitación de Andalucía de

CC.OO., Agencia de Vivienda y Rehabilitación de Andalucía (AVRA), Ministerio Fiscal, UGT, CC.OO.-A, Sindicato Independiente de Trabajadores de EPSA y Consejería de Hacienda y Administración Pública y acogiendo la pretensión subsidiaria del suplico de la demanda declaramos nulos el art. 1.2.º del referido IV convenio colectivo de AVRA, así como su disposición adicional primera y se les declara trabajadores sujetos al ámbito personal del mismo, con los demás pronunciamientos favorables consecuentes y derivados de esta declaración y condenamos a los codemandados dentro de su ámbito respectivo de responsabilidad, a estar y pasar por ello. Remítase testimonio a la Autoridad laboral y al BOJA a fin de su debida constancia y publicación en los términos del art. 166 de la LRJS.

Notifíquese la presente Sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia, con advertencia de que contra la misma puede interponerse Recurso de Casación que previene los arts. 205 y sig. de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social y que habrá de prepararse ante esta Sala dentro de los cinco días siguientes al de su notificación, debiendo el recurrente que no ostente la condición de trabajador, causa-habiente suyo o no tenga reconocido el beneficio de justicia gratuita efectuar el depósito de 600 € para recurrir en la cuenta de esta Sala abierta en la cuenta de «Depósitos y Consignaciones» de esta Sala abierta con el núm. 1758.0000.80.0005.16 Grupo Banesto, en el Banco Español de Crédito, S.A., Oficina Principal (Código 4052), C/ Reyes Católicos, 36, de esta capital o bien, mediante transferencia a la cuenta número ES5500493569920005001274 (en el caso de ingresos por transferencia en formato electrónico), o a la cuenta núm. ES55 0049 3569 9200 0500 1274 (para ingresos por transferencia en formato papel); en tales casos, habrá de hacer constar, en el campo reservado al beneficiario, el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada y en el campo reservado al concepto, el número de cuenta 1758.0000.80.0005.16 y pudiendo sustituir tal ingreso por aval bancario solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito, sin cuyos requisitos se tendrá por no preparado el recurso.

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

Y para que conste, libro y expido la presente para su publicación en el BOJA en los términos del art. 166 de la LRJS.

Dado en Granada, a diecisiete de enero de dos mil diecisiete.- El/La Letrado/a de la Administración de Justicia de la Sala.