

Sentencia Tribunal Supremo Sala 4ª 14/02/2019

Tribunal Supremo Sala 4ª, 14-02-2019 , nº 194/2017, rec.121/2019,

Procedimiento: Recurso de casación para la unificación de doctrina

Pte: Blasco Pellicer, Angel Antonio

ECLI: ES:TS:2019:702

ANTECEDENTES DE HECHO

Por la representación de la Dirección General de Trabajo, se interpuso demanda de Regulación de Empleo, de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Tenerife. En el correspondiente escrito, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dictara sentencia por la que:

"se declare nulo el acuerdo alcanzado entre la entidad Aviapartner Tenerife SA y el Comité de Empresa de la misma".

Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio, con la intervención de las partes y el resultado que se refleja en el acta que obra unida a las actuaciones. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

Con fecha 26 de mayo de 2017 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Santa Cruz de Tenerife, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva:

"Que debemos estimar y estimamos la demanda sobre Procedimiento de oficio colectivo formulada por D./Dña. DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO contra D./Dña. Augusto , Balbino , Benedicto , Bienvenido , Angelica y AVIAPARTNER TENERIFE S.A. declarando la nulidad del Acuerdo de 31 de octubre de 2016".

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

"PRIMERO.- Con fecha 28 de octubre de 2016 se presenta por Don Gonzalo , representante de la Compañía Aviapartner Tenerife S.A. Tenerife S.A. una solicitud ante la Dirección General de Trabajo comunicando que se iniciaba un procedimiento de suspensión de contrato de trabajo por causas organizativas, económicas y productivas, (folio 10- expediente administrativo).

SEGUNDO.- A dicha solicitud se acompañan comunicación a los representantes de los trabajadores, solicitud de informe a los representantes de los trabajadores, memoria explicativa, informe técnico, criterios de selección de los trabajadores afectos, lista de trabajadores afectos, lista de trabajadores no afectados, calendario provisional, relación nominal de la representación legal de los trabajadores, acta de escrutinio, cuentas anuales 2015 y cuentas P y G 2016. (documentos del 3 al 14 -expediente administrativo- folios 30 a 83 de las actuaciones).

TERCERO.- En dicho procedimiento de expediente temporal de regulación de empleo, registrado bajo núm. NUM000 , por la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Empleo, Políticas Sociales y Vivienda y tras ser examinada por la misma, se acordó, sin que conste fecha, la necesidad de que a la citada comunicación se

acompañara: a) fecha de efectos de la regulación; b) Causa de situación legal de desempleo es total (y si es temporal o definitiva) o parcial (documentos obrantes a los folios 84 a 88 de las actuaciones. Expediente administrativo).

CUARTO.- Con fecha 31 de octubre de 2016. se presenta por parte de la representación de la Compañía Aviapartner Tenerife S.A. un escrito ante la Dirección Provincial de Trabajo en el que comunican:

I. que ha finalizado el periodo de consultas con acuerdo, pactado por unanimidad por el Comité de Empresa; igualmente, indican como punto.

II que se suspenderá durante quince días la jornada de todos los trabajadores adscritos al Departamento de rampa, personal, operaciones y estructura, directamente vinculados a las tareas, actividades, y funciones de asistencia a los pasajeros de aeronaves.

III, dicha suspensión se realizará entre los días 1 de noviembre de 2016 hasta 31 de marzo de 2017.

IV la medida no afectara al Jefe de Escala ni a los trabajadores con contrato eventual.

V Las partes acuerdan la necesidad de realizar contrataciones de trabajares temporales:

VI Se acuerda la creación de una Comisión de Seguimientos que se reunirá una vez al mes si así lo solicitarán las partes. La reunión se realizara preferiblemente en los primero 10 días del mes. VII la composición será de hasta tres miembros por parte de la empresa y tres miembros por el Comité de empresa.

VIII Plasta que se decida por las partes lo contrario los correos de comunicación, serán los de la Jefa de Escala y el del presidente del Comité de Empresa.

IX..Las partes acuerdan la realización de jornadas formativas con objeto de aumentar la polivalencia de los trabajaros. Sobre las formaciones a impartir se dará traslado a la Comisión de Seguimiento.

X Si durante la duración del ERTE se incorporan nuevas personas a la plantilla que pudieran ser afectas por el ERTE al tener similares contratos que los afectados, la Comisión de Seguimiento adoptaría los acuerdos necesarios para la inclusión de estas personas en el actual ERTE.

XI. La empresa se encargará de realizar ante el SEPE las gestiones oportunas relacionadas con las prestaciones por desempleo.

QUINTO.- Con fecha 4 de noviembre de 2016 se da traslado de la anterior documentación al Servicio de Empleo Público Estatal, de conformidad con lo establecido en el art. 19.3 del Reglamento de los procedimientos de -Despido colectivo y de suspensión de contratos reducción de jornada aprobado por el Real Decreto 1483/2012 de 2 de octubre , según se recoge en el documento obrante al folio 95 de las actuaciones- expediente administrativo-.

SEXTO.- El día 3 de noviembre tiene entrada en la Inspección Provincial de Trabajo oficio de la Dirección Provincial de trabajo interesando informe sobre el Expediente de Regulación de Empleo planteado, emitiéndolo la referida Dirección en el sentido de que se han cumplido los requisitos documentales y formales previstos en la normativa a la que hace referencia en su informe- folios 96 vuelto, a 98 de las actuaciones, -expediente administrativo-.

SÉPTIMO;- Con fecha 18 de noviembre de 2016, el Servicio Público de Empleo Estatal recibe comunicación de la Dirección General de Trabajo en donde se le indica que se solicitará informe aclaratorio de la Inspección de

trabajo en relación con el informe que se emitiera. (Documento obrante al folio 98 de las actuaciones - expediente administrativo).

OCTAVO.- El 22 de noviembre de 2016, la Inspección General de Trabajo recibe oficio de la Dirección General de Trabajo de 21 de noviembre en el siguiente sentido; "Habiéndose observado en relación con el Acta de Acuerdo final entre las partes, de fecha 26 de octubre de 2016, relativo a la empresa AVIAPARTNER TENERIFE S.A. en el expediente de regulación de empleo NUM000 la cláusula cuarta recoge textualmente: "...Las partes acuerdan la necesidad de realizar contrataciones de trabajadores temporales.." y la séptima:"... si durante la duración del ERTE se incorporaran nuevas personas a la plantilla que pudieran ser afectadas por el ERTE al tener similares contratos que los afectados, la Comisión de Seguimiento adoptaría los acuerdos necesarios para la inclusión de estas personas en el actual ERTE".. es por lo que se solicita informe complementario sobre si por parte de esa inspección se aprecia en estos puntos del acuerdo la existencia de fraude ,dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del mismo." Documento obrante al folio 98 vuelto de las actuaciones - expediente administrativo.

NOVENO.- En el acta de conformidad del procedimiento de suspensión de los contratos de trabajo firmada por dos representantes de la empresa se recogen como cláusulas, las siguientes:

Cláusula cuarta.- Las partes acuerdan la necesidad de realizar contrataciones de trabajadores temporales.

Cláusula séptima.- Si durante la duración del ERTE se incorporan nuevas personas a la plantilla que pudieran ser afectadas por el ERTE al tener similares contratos que los afectados, la comisión de seguimiento adoptaría los acuerdos necesarios para la inclusión de estas personas en el actual ERTE (documento 1 del ramo de prueba de Don Augusto , Don Damaso y Don Benedicto , trabajadores de la empresa).

DÉCIMO.- Con fecha de registre de entrada de 9 de diciembre de 2016, la empresa Aviapartner Tenerife S.A. aporta documentación relativa a los trabajadores afectados y no afectados por la suspensión de los contratos acordados en el ERTE NUM000 . Documento obrante al folio 99 vuelto de las actuaciones -expediente administrativo y documento 6 del ramo de prueba de la empresa Aviapartner.

UNDÉCIMO." Con fecha 15 de diciembre, se dicta informe por la Inspección de trabajo, en donde se recogen las manifestaciones tras la entrevista mantenida con Doña Nuria , Doña Pura - Jefe de Escala , Don Augusto , Secretario del Comité de empresa. Doña Angelica , Presidenta del Comité de Empresa, y Don Balbino , miembro del Comité de Empresa, quién dice que en relación a la cláusula cuarta se incluye, la misma, dado que ocasionalmente podía haber picos de actividad concertados en cortos períodos de tiempo.

Por su parte, Don Severino en calidad de representante de la empresa informa a la Inspección que en relación con la Cláusula cuarta, "pueden producirse picos de actividad puntuales que lleven a la compañía a la imperiosa necesidad de contratar a personal especialmente cualificado para realizar trabajos muy específicos durante un periodo de tiempo y que no pueden ser cubiertos por el personal afectado".

En relación con la cláusula séptima indica a la Inspección que " si como consecuencia de un proceso de subrogación convencional, la compañía aumenta en el número de trabajadores, deberán de tener la comisión de seguimiento la capacidad de aplicar la misma regla y condiciones de aquellos trabajadores que pudieran incorporarse a la plantilla como consecuencia del citado e hipotético de subrogación convencional (sic)". Documento folio 102 vuelto y 103 de las actuaciones.

DUODÉCIMO." La empresa ha contratado durante el mes de noviembre a ocho trabajadores Don Jose Enrique Sixto , Luis Andrés , Jesus Miguel , Juan Manuel , Juan Pablo , Victor Manuel , Amador , todos estos trabajadores pertenecen al grupo profesional de "personal de servicios auxiliares" de rampa y tiene la misma

categoría profesional que el personal saliente. (Documento 103 vuelto; informe de la inspección donde se plasma el correo electrónico remitido por la Station manager de la empresa de 5 de diciembre, documento 8, del ramo de prueba de la Compañía referido a los contratos de los trabajadores referidos y documento 7 del ramo de la prueba de la Compañía Aviapartner).

Con posterioridad a esas contrataciones se efectuaron otras durante los meses siguientes hasta la segunda quincena de febrero. Las contrataciones efectuadas para el grupo profesional de personal de servicios auxiliares se correspondía con "rampa". (Documento 7 del ramo de prueba de la Compañía AviaPartner). Prueba testifical

DECIMOTERCERO." Algunos de los trabajadores afectados por el expediente temporal de regulación de empleo, renunciaron voluntariamente a solicitar la prestación por desempleo, (documento 9 del ramo de prueba de la empresa).

DECIMOCUARTO." Los picos de actividad que se producen se concentran en un corto período de tiempo, tratándose de actividades puntuales que nunca llega a más de dos horas. Documento obrante al folio 102 y siguientes de las actuaciones. Acta de la Inspección de trabajo.

DECIMOQUINTO.- En el informe ampliatorio de la Inspección de trabajo, registro de entrada 15 de diciembre, de 2016, se indica que existe una actuación fraudulenta en relación con la cláusula cuarta al haberse contratado a trabajadores con la misma categoría y funciones que los salientes; y con respecto a la cláusula séptima, establece que la misma no se ajustaría a la normativa si la Comisión de seguimiento la aplicara directamente a los trabajadores subrogados sin acudir al procedimiento del art. 47 del E.T .

DECIMOSEXTO.- El Convenio a aplicar es el III Convenio Colectivo General del Sector de Servicios de asistencia en tierra en aeropuertos. (Documento 10 del ramo de prueba de la Compañía Aviapartner).

DECIMOSÉPTIMO.- Con fecha 26 de diciembre de 2016 se presenta procedimiento de oficio por la Dirección General de Trabajo en el que solicitan la nulidad del Acuerdo alcanzado entre la entidad Aviapartner Tenerife S.A. y el Comité de Empresa de la misma".

Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación de Aviapartner, en el que se alega los siguientes motivos: 1º.- Modificación del Hecho Probado Primero, con el fin de reflejar los antecedentes en los que trae causa el ERTE. 2º.- Modificación del Hecho Probado Duodécimo, con el fin de reflejar los efectos de las contrataciones temporales efectuadas por Aviapartner. 3º.- Interpretación errónea de los artículos 9 y 47 del Estatuto de los Trabajadores , en relación con los artículos 3 , 4 y 1281 a 1289 del Código Civil así como la doctrina judicial y jurisprudencia de pertinente aplicación. Que fue impugnado por las partes personadas.

Recibidas las actuaciones de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Santa Cruz de Tenerife, y admitido el recurso de casación, se dio traslado por diez días al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 14 de febrero de 2019, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.-Por la representación letrada de AVIAPARTNER TENERIFE SUR, S.A. (AVIAPARTNER) se formula el presente Recurso de Casación contra la sentencia de la Sala de lo Social de Canarias -sede de Santa Cruz de Tenerife- de 26 de mayo de 2017 , dictada en el procedimiento de oficio nº 1/2017 a virtud de demanda formulada por la Dirección General de Trabajo del Gobierno de Canarias contra AVIAPARTNER y diversos

trabajadores, miembros del Comité de Empresa, como firmantes del acuerdo, aunque como se puso de relieve en otro lugar de esta resolución, también comparecieron otros trabajadores como interesados. La sentencia de la Sala de instancia estimó íntegramente la demanda.

La demanda se amparó en el artículo 148 LRJS y solicita la nulidad del acuerdo de 31 de octubre de 2016 con el Comité de Empresa, que dio lugar a la suspensión de contratos en la empresa demandada por entender que el acuerdo contiene dos preceptos contrarios a derecho y cuya aplicación puede suponer un fraude de ley. En concreto; se refiere al punto cuarto del acuerdo en el que se establece que "Las partes acuerdan la necesidad de realizar contrataciones temporales", y al punto séptimo en el que se establece que "si durante la duración del ERTE se incorporan nuevas personas a la plantilla pudieran ser afectadas por el ERTE al tener similares contratos que los afectados, la Comisión de Seguimiento adoptaría los acuerdos necesarios para la inclusión de estas personas en el actual ERTE".

2.-El recurso se articula en tres motivos, los dos primeros, al amparo del artículo 207. d) LRJS , solicitan la modificación de sendos hechos probados contenidos en la sentencia recurrida; y, el tercero, con fundamento en el apartado e) del referido artículo 207 LRJS , denuncia infracción del derecho aplicado y de la jurisprudencia, solicitando, en definitiva, la revocación de la sentencia recurrida.

El recurso ha sido impugnado por la autoridad laboral que solicita la confirmación de la sentencia recurrida y por los miembros del Comité de Empresa, que comparecen a través de dos representaciones letradas, cuyos escritos coinciden en solicitar la confirmación de la resolución combatida. Por su parte, el Ministerio Fiscal ha emitido el preceptivo informe en el que solicita la desestimación del recurso y la íntegra confirmación de la sentencia recurrida.

1.-Los dos primeros motivos del recurso se dedican a solicitar la modificación del relato de hechos probados que contiene la sentencia recurrida. Su análisis debe comenzar recordando la consolidada doctrina de la Sala sobre revisión fáctica, que se contiene, entre otras, en nuestra sentencia de 18 de mayo de 2016 (Rec. 108/2015) donde se sientan criterios doctrinales que, recogiendo jurisprudencia anterior, se han reiterado en otras sentencias posteriores, como las de 25 de octubre de 2016 (Rec. 129/2015), 8 de noviembre de 2016 (Rec. 259/2015) y 17 de enero de 2017 (Rec. 2/2016). Tales criterios pueden resumirse de la siguiente forma:

A) En SSTs 13 julio 2010 (Rec. 17/2009), 21 octubre 2010 (Rec. 198/2009), 5 de junio de 2011 (Rec. 158/2010), 23 septiembre 2014 (rec. 66/2014) y otras muchas, hemos advertido que el proceso laboral está concebido como un proceso de instancia única (que no grado), lo que significa que la valoración de la prueba se atribuye en toda su amplitud (art. 97.2 LRJS) únicamente al juzgador de instancia (en este caso a la Sala "a quo") por ser quien ha tenido plena inmediación en su práctica y la revisión de sus conclusiones únicamente puede ser realizada cuando un posible error aparezca de manera evidente y sin lugar a dudas de documentos idóneos para ese fin que obren en autos, por lo que se rechaza que el Tribunal pueda realizar una nueva valoración de la prueba, como si el presente recurso no fuera el extraordinario de casación sino el ordinario de apelación. En concordancia, se rechaza la existencia de error si ello implica negar las facultades de valoración que corresponden primordialmente al Tribunal de Instancia, siempre que las mismas se hayan ejercido conforme a las reglas de la sana crítica, pues lo contrario comportaría la sustitución del criterio objetivo de aquél por el subjetivo de las partes". El peligro de que el acudimiento al Tribunal Supremo se convierta en una nueva instancia jurisdiccional, contra lo deseado por el legislador y la propia ontología del recurso explican estas limitaciones. La previsión legal permite solicitar la corrección de las eventuales contradicciones entre los hechos que se dan como probados y los que se deduzcan de las pruebas documentales practicadas.

B) Reiterada jurisprudencia como la reseñada en SSTs 28 mayo 2013 (rec. 5/2012), 3 julio 2013 (rec. 88/2012) o 25 marzo 2014 (rec. 161/2013) viene exigiendo, para que el motivo prospere:

1 Que se señale con claridad y precisión el hecho cuestionado (lo que ha de adicionarse, rectificarse o suprimirse).

2. Bajo esta delimitación conceptual fáctica no pueden incluirse normas de derecho o su exégesis. La modificación o adición que se pretende no debe comportar valoraciones jurídicas. Las calificaciones jurídicas que sean determinantes del fallo tienen exclusiva -y adecuada- ubicación en la fundamentación jurídica.

3. Que la parte no se limite a manifestar su discrepancia con la sentencia recurrida o el conjunto de los hechos probados, sino que se delimite con exactitud en qué discrepa.

4. Que su errónea apreciación derive de forma clara, directa y patente de documentos obrantes en autos (indicándose cuál o cuáles de ellos así lo evidencian), sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada].

5. Que no se base la modificación fáctica en prueba testifical ni pericial. La variación del relato de hechos únicamente puede basarse en prueba documental obrante en autos y que demuestre la equivocación del juzgador.

6. Que se ofrezca el texto concreto conteniendo la narración fáctica en los términos que se consideren acertados, enmendando la que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos.

7. Que se trate de elementos fácticos trascendentes para modificar el fallo de instancia, aunque puede admitirse si refuerza argumentalmente el sentido del fallo.

8. Que no se limite el recurrente a instar la inclusión de datos convenientes a su postura procesal, pues lo que contempla es el presunto error cometido en instancia y que sea trascendente para el fallo. Cuando refuerza argumentalmente el sentido del fallo no puede decirse que sea irrelevante a los efectos resolutorios, y esta circunstancia proporciona justificación para incorporarla al relato de hechos, cumplido -eso sí- el requisito de tener indubitado soporte documental.

C) De acuerdo con todo ello, aun invocándose prueba documental, la revisión de hechos sólo puede ser acogida si el documento de que se trate tiene "una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable, de tal forma que el error denunciado emane por sí mismo de los elementos probatorios invocados, de forma clara, directa y patente, y en todo caso sin necesidad de argumentos, deducciones, conjeturas o interpretaciones valorativas" (STS de 16 de noviembre de 1998, recurso 1653/1998). Por tanto, no prosperará la revisión cuando el contenido del documento entre en contradicción con el resultado de otras pruebas a las que el órgano judicial de instancia haya otorgado, razonadamente, mayor valor.

D) La declaración de hechos probados no puede ser combatida sobre la base de presunciones establecidas por el recurrente (SSTS de 17 de abril de 1991, rec. 1042/90 , o 26 de mayo de 1992, rec. 1244/1991). Ello implica, de entrada, que la prueba alegada debe demostrar "de manera directa y evidente la equivocación del juzgador" pero, a su vez, la misma no puede encontrarse contradicha "por otros elementos probatorios unidos al proceso" (por ejemplo, STS de 24 de octubre de 2002, rec. 19/2002).

E) No puede pretender el recurrente, de nuevo, la valoración total de las pruebas practicadas o una valoración distinta de una prueba que el juzgador "a quo" ya tuvo presente e interpretó de una determinada manera, evitando todo subjetivismo parcial e interesado en detrimento del criterio judicial, más objetivo, imparcial y desinteresado. Por ello, la jurisprudencia excluye que la revisión fáctica pueda fundarse "salvo en supuestos de error palmario... en el mismo documento en que se ha basado la sentencia impugnada para sentar sus

conclusiones, pues como la valoración de la prueba corresponde al Juzgador y no a las partes, no es posible sustituir el criterio objetivo de aquél por el subjetivo juicio de evaluación personal de la recurrente" (STS de 6 de junio de 2012, rec. 166/2011 , con cita de otras muchas).

2.-En el primero de los motivos del recurso, se solicita la modificación del hecho probado primero con el fin de reflejar los antecedentes en los que trae causa el acuerdo de suspensión temporal de contratos. Fundamentando que "el contenido de esta modificación se desprende claramente de los documentos 1 y 2 aportados por AVIAPARTNER". Como acabamos de poner de relieve, la modificación propuesta ha de ser trascendente para la resolución del litigio, circunstancia que no acontece en la modificación propuesta. En efecto, lo importante y decisivo para el fallo y, en su caso, para el éxito del recurso, es la adecuación a derecho de las cláusulas cuarta y séptima del acuerdo cuestionado, cuestión para la que resultan absolutamente irrelevantes los antecedentes históricos que dieron lugar al acuerdo suspensivo ni las razones que movieron a cada una de las partes a prestar su conformidad a las cláusulas discutidas.

3.-En el segundo motivo, el recurrente pretende la práctica total modificación del hecho probado duodécimo dándole una nueva y diferente redacción que fundamenta en el documento nº 7 aportado por la parte recurrente "que había sido tomado en consideración parcial y erróneamente en la sentencia de instancia". Tal como hemos señalado en el apartado 1 de este mismo fundamento de derecho, la revisión de hechos sólo puede ser acogida si el documento de que se trate tiene una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable, de tal forma que el error denunciado emane por sí mismo de los elementos probatorios invocados, de forma clara, directa y patente, y en todo caso sin necesidad de argumentos, deducciones, conjeturas o interpretaciones valorativas. Por tanto, no prosperará la revisión cuando el contenido del documento entre en contradicción con el resultado de otras pruebas a las que el órgano judicial de instancia haya otorgado, razonadamente, mayor valor. A mayor abundamiento, no puede pretender el recurrente, de nuevo, una valoración distinta de una prueba que el órgano de instancia ya tuvo presente e interpretó de una determinada manera, evitando todo subjetivismo parcial e interesado en detrimento del criterio judicial, más objetivo, imparcial y desinteresado. Por ello, excluimos, como aquí acontece que la revisión fáctica pueda fundarse -salvo en supuestos de error palmario que no se observan- en el mismo documento en que se ha basado la sentencia impugnada para sentar sus conclusiones, pues como la valoración de la prueba corresponde al Juzgador y no a las partes, no es posible sustituir el criterio objetivo de aquél por el subjetivo juicio de evaluación personal de la recurrente. En efecto, las extensas modificaciones propuestas por el recurrente son producto de una determinada e interesada interpretación de un documento aportado por la propia parte, que ya fue examinado por el órgano judicial de instancia y del que obtuvo las conclusiones pertinentes, directamente, sin necesidad de razonamientos o interpretaciones en relación al conjunto de la prueba practicada y no sólo de las aportaciones del recurrente.

1.-El tercer motivo del recurso alega "interpretación errónea de los artículos 9 y 47 ET , en relación con los artículos 3 , 4 y 1281 a 1289 CC , así como la doctrina judicial y jurisprudencia de pertinente aplicación". Así formulado el recurso, la Sala no va a entrar a examinar las supuestas infracciones de doctrina judicial, puesto que no constituyen objeto del recurso de casación para el que el apartado e) del artículo 207 LRJS sólo autoriza las infracciones de la normativa aplicable o de la jurisprudencia y, en ningún caso, la doctrina judicial de otros órganos judiciales inferiores. Ello presente, la recurrente entiende que la sentencia no ha tenido en cuenta los antecedentes y la finalidad del acuerdo en cuestión ni el impacto de las contrataciones temporales en el ERTE y la inexistencia de fraude de ley.

Tal como se anticipó, la sentencia recurrida se fundamenta en la consideración como ilegal de las cláusulas cuarta y séptima del acuerdo de suspensión temporal de contratos suscrito entre AVIAPARTNER y su Comité de Empresa, consideración que la Sala comparte plenamente de conformidad con las siguientes consideraciones.

2.-La cláusula cuarta del acuerdo dispone textualmente que "Las partes acuerdan la necesidad de realizar

contrataciones temporales", contrataciones que, por otro lado, se realizaron según consta en el inmodificado hecho probado duodécimo de la sentencia recurrida. De entrada, tal previsión va radicalmente en contra de la finalidad a la que responde el artículo 47 ET . En efecto, lo que caracteriza este tipo de medidas suspensivas contenidas en el artículo 47 ET es el carácter coyuntural de la situación negativa de la empresa que provocan las causas técnicas, organizativas, productivas o económicas. Por ello la regulación de la norma y de su desarrollo reglamentario en el RD 1483/2012 de 29 de octubre, es extraordinariamente flexible, al punto que permite no sólo las reducciones de jornada sino la entrada y salida de cada trabajador en la situación de suspensión en atención a los acontecimientos que se produzcan en la actividad productiva de la empresa y previo acuerdo de la comisión de seguimiento y notificación a la autoridad laboral a efectos de desempleo. Se pretende con ello dotar de un instrumento de alta flexibilidad a las empresas que pueden contar, en el seno del paraguas de la situación suspensiva, de la posibilidad de integrar a los trabajadores afectados en las tareas de la empresa por el tiempo necesario que se derive de la actividad productiva de la empresa en los términos expuestos.

En estas condiciones resulta contrario a la letra y al espíritu del artículo 47 ET mantener a los trabajadores en estado de suspensión y, al mismo tiempo, autorizar en el acuerdo, de manera genérica e indeterminada, la posibilidad de la empresa de recurrir a la contratación temporal. La inclusión de tal acuerdo -absolutamente innecesario- revela, a juicio de la sentencia recurrida, que su literalidad podría amparar una actuación fraudulenta de la empresa, pues lo que en principio, según manifestación de los firmantes, estaba previsto para la contratación de personal que atendiese actividades específicas, extraordinarias y breves, en realidad estaba facilitando (hecho probado decimotercero) la contratación de personal para cubrir actividades ordinarias y normales, perfectamente encajables en el ciclo productivo de la empresa. El acuerdo, por tanto, resultó ser claramente fraudulento tal como su inicial redacción parecía revelar, lo que comporta la convalidación de la valoración hecha al respecto por la sentencia combatida.

3.-Más sencillo resulta argumentar la ilegalidad de la cláusula séptima del acuerdo en cuestión que literalmente dispone que "si durante la duración del ERTE se incorporan nuevas personas a la plantilla pudieran ser afectadas por el ERTE al tener similares contratos que los afectados, la Comisión de Seguimiento adoptaría los acuerdos necesarios para la inclusión de estas personas en el actual ERTE". El recurrente afirma que tal cláusula tenía por finalidad la extensión del ERTE a trabajadores subrogados convencionalmente. Fuera esa la razón o la contratación directa de trabajadores, la solución sería la misma, dado que, sin necesidad de grandes argumentaciones, resulta evidente que es frontalmente ilegal situar a trabajadores de nueva contratación en el seno de una situación suspensiva que se pactó en un acuerdo anterior a que tales trabajadores ingresaran en la empresa; en la medida en que no podían verse afectados al no ser trabajadores de la empresa. Tal ilegalidad resulta mucho más evidente en los supuestos de subrogación convencional a que se refiere la recurrente, pues tales trabajadores se incorporarían en las condiciones previstas en el artículo 44 ET , especialmente en lo referente al convenio aplicable -que podría establecer disposiciones específicas sobre la materia- y, por lo que atañe a sus órganos de representación - párrafo 5 artículo 44 ET -, podrían continuar en sus funciones a pesar de la subrogación, en función de las circunstancias y, en consecuencia, ser los únicos legitimados para negociar una suspensión de contratos por las causas que establece el artículo 44 ET .

Resulta, por tanto evidente, la ilegalidad de la cláusula examinada, teniendo en cuenta, además, que su posible aplicación constituiría, al igual que las consecuencias de la cláusula examinada anteriormente, un fraude para obtener indebidamente prestaciones de desempleo.

Lo expuesto conduce, tal como interesa en su detallado informe el Ministerio Fiscal, a la desestimación del recurso y la consiguiente confirmación de la sentencia recurrida, con imposición de las costas a la entidad mercantil recurrente y la pérdida del depósito para recurrir al que se le dará el destino legal y de las consignaciones que se hubiesen efectuado para recurrir.

FALLO

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

:

1.- Desestimar el recurso de casación interpuesto por Aviapartner Tenerife Sur, SA), representado y asistido por la letrada D^a. María Eugenia de la Cera Guerrero.

2.- Confirmar la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Santa Cruz de Tenerife, de fecha 26 de mayo de 2017, dictada en autos número 1/2017, en virtud de demanda formulada por la Dirección General de Trabajo, frente a Aviapartner Tenerife SA; D. Augusto ; D. Balbino , D. Benedicto ; D. Bienvenido , D^a. Angelica ; D. Braulio ; D. Camilo ; D. Casiano ; D^a. Aurelia ; D. Cecilio ; y D. Celso , sobre Regulación de Empleo.

3.- Imponer las costas a la parte recurrente y decretar la pérdida de depósitos y consignaciones efectuados para recurrir.

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

Así se acuerda y firma.