

B) ERE Y JURISDICCIÓN

§ 61. Sobre la incompetencia de Jurisdicción y la vulneración del principio de igualdad en la inclusión de porcentaje minoritario de solicitantes menores de 52 años en expediente de regulación de empleo

ESPERANZA MACARENA SIERRA BENÍTEZ

Profesora Colaboradora de la Universidad de Sevilla

Revista Aranzadi Social Doctrinal 8
Diciembre - 2011
págs. 93 a 100

Sentencia comentada:

↳ SAN, de 18 abril 2011 (AS 2011, 1784)*

Palabras clave: incompetencia de jurisdicción, expediente de regulación de empleo, principio de igualdad.

Keywords: lack of subject-matter jurisdiction, downsizing plan, «equal treatment» principle.

Fecha recepción original: 14 de octubre de 2011

Fecha aceptación: 25 de octubre de 2011

SUMARIO

1. PRESENTACIÓN

* Véase la sentencia comentada en la revista Jurisprudencial de AS núm. 8, 2011.

2. SOBRE LA INCLUSIÓN DE PORCENTAJE MINORITARIO DE LOS MENORES DE 52 AÑOS COMO TRATO DESIGUAL
3. SOBRE LA INCOMPETENCIA DE JURISDICCIÓN
4. BIBLIOGRAFÍA

1. PRESENTACIÓN

La sentencia objeto de este comentario tiene su causa en un expediente de regulación de empleo, (en adelante ERE), llevado a cabo en el Ente Público de RTVE y sus sociedades filiales Radio Nacional de España, SA y Televisión Española, SA, aprobado por Resolución de la Dirección General del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales con fecha de 15 de noviembre de 2006. La disolución del Ente Público RTVE y la consiguiente creación de una sociedad mercantil estatal, dotada de especial autonomía y sujeta en lo esencial a la legislación reguladora de las sociedades anónimas financiada con capital exclusivamente estatal¹, es fruto de un ciclo de reformas que concluye con la firma de este ERE (Acta de 24 de octubre de 2006) cuyo efecto extintivo comienza a partir del último trimestre de 2006 y termina el 1 de enero de 2009. Esto suponía la jubilación, con el 92% del salario neto, de 4.150 trabajadores de una plantilla de casi 10.000 que tenían cumplidos 50 años a 1 de enero de 2007². Algo impensable actualmente, en un momento en que las novedades legislativas van a remolque de la crisis económica que amenaza el estado del bienestar³. Y es precisamente en el año en el que comienza la crisis financiera en los EEUU y en Europa cuando un número considerable de trabajadores cualificados, dotados de notable experiencia y madurez profesional pasan a «ver la tele desde el salón de su casa»⁴, algo totalmente inconcebible en esas condiciones en los momentos actuales⁵.

Al margen de esta valoración subjetiva, los hechos principales desencadenantes de este conflicto colectivo planteado por el Sindicato de operarios excluidos de los procesos de acomodación en los medios de comunicación audiovisual (SEPAMCA)⁶ están relacionados, en primer lugar, con una supuesta vulneración del derecho de igualdad argumentando que la incorporación al ERE vulneró dicho derecho, por cuanto sólo se admitió a un 15,57% del colectivo menor de 52 años (un total de 66 trabajadores de los 424 que se adhirieron), mientras que se aceptó al 100% de trabajadores mayores de 52 años. Y, en

1. Ley 17/2006, de 5 de junio (RCL 2006, 1139), de la radio y la televisión de titularidad estatal (BOE 6 de junio 2006, núm. 134).

2. Véase nota de prensa de 20 de octubre de 2006 publicada por el gabinete de prensa de RTVE en <http://www.rtve.es>.

3. Por ejemplo, ampliación de la edad de jubilación a los 67 años Ley 27/2011, de 1 de agosto (RCL 2011, 1518), sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (BOE 2 de agosto 2011, núm.184); reducción de salarios de los empleados públicos y congelación de las pensiones RDL 8/2010, de 20 de mayo (RCL 2010, 1396), por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público (BOE 24 de mayo 2010, núm. 126).

4. Véase Rev. Nico «La verdad sobre el ERE de RTVE», en <http://www.elmundo.es/elmundo/2008/03/07/telettridente/1204480467.htm>.

5. Véase la DA 16ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto (RCL 2011, 1518), sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (BOE 2 de agosto de 2011) sobre «Expediente de regulación de empleo que afectan a trabajadores mayores de 50 años en empresas con beneficios».

6. A la que se adhirió SOCET (Sindicato de operadores para la continuidad de la emisión televisiva).

segundo lugar, con una supuesta incompetencia de jurisdicción planteada por el Abogado del Estado, por cuanto entiende que la pretensión de la demanda debe conocerse por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Estas pretensiones son desestimadas por el Tribunal por los argumentos y razonamientos que a continuación pasamos a comentar.

2. SOBRE LA INCLUSIÓN DE PORCENTAJE MINORITARIO DE LOS MENORES DE 52 AÑOS COMO TRATO DESIGUAL

Los sindicatos demandantes argumentan que a la hora de implementar el ERE se vulneró el derecho de igualdad, por cuanto sólo se admitió en el ERE a un 15,57% del colectivo menor de 52 años, mientras que se aceptó al 100% de trabajadores mayores de 52 años⁷. El Acuerdo de Plan de Empleo de RTVE que prevé la extinción de los contratos distingue expresamente 5 colectivos diferenciados para los que el ERE contempla unos requisitos y regulaciones distintas: el 1º) de trabajadores menores de 52 años a fecha 1 de enero de 2009; el 2º) de trabajadores de 52 o más años a 31 de diciembre de 2006 o que cumplan 52 años antes del 31 de diciembre de 2006; el 3º) de trabajadores que cumplan con los requisitos de acceso a la jubilación ordinaria; el 4º) de trabajadores fijos y en situación de alta que no cumplan los requisitos exigidos a los dos primeros colectivos; y el 5º) de trabajadores fijos y en situación de excedencia especial prevista en el Convenio Colectivo.

En el caso del primer colectivo –el de menores de 52 años–, el Texto Articulado del Plan de Empleo de RTVE prevé una serie de condiciones donde consta expresamente la libre aceptación por la empresa, mientras que en el caso del segundo colectivo –el de 52 años o más–, no consta expresamente que la aceptación de la solicitud dependa de la libre voluntad de la empresa, sino que establece un sistema de prioridades relacionadas con las necesidades organizativas de la empresa. Y es en este punto donde el tribunal razona que la inclusión minoritaria de los trabajadores menores de 52 años no vulnera el derecho de igualdad ni constituye arbitrariedad, puesto que se ajustó escrupulosamente a lo pactado, del mismo modo que la inclusión del 100% de solicitantes mayores de 52 años, en tanto que los acuerdos no condicionaban la inclusión de éstos a la decisión empresarial, sino a las necesidades organizativas de la empresa, en virtud de los arts. 1 y 20.1 ET. En este aspecto, los demandantes no alegan el requisito de la edad como criterio de selección en el ERE que, como es sabido, es un criterio objetivo para la fijación de excedentes laborales compatible con el art. 14 CE (RCL 1978, 2836), y de aplicación igual para cuantos se encuentren en esa situación, es decir, de un colectivo más próximo a la jubilación y con

7. Los 4.150 trabajadores, incluidos en el ERE por la Comisión Mixta paritaria de Interpretación y aplicación del Expediente de Regulación de Empleo de RTVE fueron seleccionados del modo siguiente: 66 trabajadores del epígrafe 3, aunque se adherieron 424, lo que equivale a un 15,57% de extinciones de contrato de trabajo al colectivo de menores de 52 años; 4.049 trabajadores del epígrafe 4 sobre 4.049 solicitudes, lo que equivale al 100% del colectivo de mayores de 52 años; 33 trabajadores del epígrafe 5, y 2 trabajadores del epígrafe 6. De los menores de 52 años, incluidos en el ERE por la Comisión, 43 eran excedentarios respecto de la plantilla reestructurada, 9 pertenecían a las Islas Canarias y 10 estaban afectados por enfermedades.

menores expectativas de trabajo⁸. En este caso los acuerdos del ERE hacen una distinción entre mayores y menores de 52 años, señalando que la inclusión o no inclusión depende de la edad y de otros requisitos que, en el caso de los segundos, depende además de la voluntad empresarial. Y es precisamente este acuerdo el que debió ser objeto de impugnación en su momento planteando, en su caso, la legalidad de que la inclusión en el ERE dependiera exclusivamente de la decisión unilateral de la empresa. Y es que en el campo de las relaciones laborales la eficacia del principio de autonomía de la voluntad deja margen a que, mediante un acuerdo privado o por decisión unilateral del empresario en el ejercicio de sus poderes de dirección y de organización de la empresa, ésta pueda libremente disponer la inclusión de los menores de 52 años en el ERE, siempre que se haga con el debido respeto al principio de igualdad de trato y no discriminación, es decir, que la existencia de diferenciación normativa sea objetiva y razonable.

En relación al ámbito del art. 14 de la CE existe una amplia y conocida jurisprudencia constitucional, de la que debemos destacar que para que haya vulneración del principio de igualdad ante la ley, no basta un trato discriminatorio a situaciones iguales, sino que es imprescindible que éste sea arbitrario o injustificado, lo que obligará a determinar qué criterios de diferenciación normativa son legítimos frente a los que no lo son, habiéndose entendido por la doctrina constitucional que el presupuesto para que una diferenciación normativa sea legítima es que sea objetiva y razonable, de modo que si la diferenciación es arbitraria o injustificada debería tacharse de discriminatoria por irrazonable [STC 209/1988 (RTC 1988, 209)]. E igualmente se han examinado los requisitos para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, señalando que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción deben ser proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos [SSTC 2001, 2001 (RTC 2001, 200)]. Y, sobre todo, porque sólo ante iguales supuestos de hecho actúa la prohibición de utilizar elementos de diferenciación susceptibles de ser calificados de arbitrarios o carentes de una justificación razonable [STC 39/2002 (RTC 2002, 39)]. En este sentido, la sentencia lo deja bien claro. No estamos ante situaciones iguales, ya que se trata de dos colectivos diferenciados en función de un criterio objetivo: la edad. En los Acuerdos del ERE se contemplaba expresamente que la decisión de incluir o no a ese colectivo correspondía a la empresa, y los demandantes no cuestionan la legalidad de los acuerdos citados, sino únicamente su ejecución por la Comisión Mixta Paritaria, una vez convalidado el acuerdo por la Autoridad Laboral.

3. SOBRE LA INCOMPETENCIA DE JURISDICCIÓN

En la actualidad éste es un tema controvertido que, en nuestra opinión, dejará de serlo con la entrada en vigor de la Ley reguladora de la jurisdicción

8. En este sentido, BUENDÍA JIMÉNEZ, José Antonio, «La edad como criterio de selección en los EREs», en AA VV, Jurisprudencia social de la jurisdicción contenciosa: ejemplos recientes. (BIB 2011, 890), p. 5.

social⁹, que conocerá de las impugnaciones de las actuaciones de las Administraciones públicas realizadas en el ejercicio de sus potestades y funciones sobre las materias laborales y de Seguridad Social [arts. 1 y 2 n) y 8.1 y 2]¹⁰. Con ello, el legislador está respondiendo al mandato previsto en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre (RCL 2010, 2502), de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, en la que se establece que sea la Jurisdicción social la que entienda de los recursos contra las resoluciones administrativas de la Autoridad Laboral en los procedimientos de suspensión temporal de relaciones laborales, reducción de jornada y despido colectivo, regulados en los arts. 47 y 51 del ET (RCL 1995, 997). Y es que hasta la entrada en vigor de esta nueva Ley sobre atribución al orden social de estos asuntos, era la jurisdicción contencioso-administrativa la que conocía de los mismos (DT tercera del RD 801/2011, de 10 de junio (RCL 2011, 1112), por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos)¹¹. Al respecto, debemos recordar que el art. 3.3 del RDL 2/1995, de 7 de abril (RCL 1995, 1144), por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, se remitía a una futura Ley para que determinara la fecha de entrada en vigor de la atribución a la Jurisdicción del Orden Social las materias contenidas en el número 2 de ese artículo –en este caso, del conocimiento por parte de ésta de las pretensiones sobre las resoluciones administrativas relativas a regulación de empleo y actuación administrativa en materia de traslados colectivos– plazo que ha sido manifiestamente incumplido a través de la DA 24ª de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre (RCL 1998, 3063) en la que se suspendía indefinidamente su entrada en vigor¹².

En la sentencia que comentamos se parte de una doctrina jurisprudencial consolidada recogida en la sentencia de la Audiencia Nacional, consistente en atribuir a la competencia del orden contencioso-administrativo todas aquellas materias sobre las que se hubiera pronunciado la autoridad laboral. Y con carácter residual al orden social todas las que no hubieran sido objeto de pronunciamiento por aquélla¹³. En definitiva, que lo no abordado en el ERE se atribuye

9. Ley 36/2011 de 10 de octubre (RCL 2011, 1845), reguladora de la jurisdicción social (BOE 11 de octubre de 2011, núm. 245)

10. Art. 2 «Los órganos jurisdiccionales del orden social, por aplicación de lo establecido en el artículo anterior, conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan: (...) n) En la impugnación de resoluciones administrativas de la autoridad laboral en procedimientos de suspensión temporal de relaciones laborales, reducción de jornada y despido colectivo, regulados en los artículos 47 y 51 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (RCL 1995, 997), así como las recaídas en el ejercicio de la potestad sancionadora en materia laboral y sindical y, respecto de las demás impugnaciones de otros actos de las Administraciones públicas sujetos al Derecho Administrativo en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia laboral y sindical que pongan fin a la vía administrativa, siempre que en este caso su conocimiento no esté atribuido a otro orden jurisdiccional».

11. BOE de 14 junio 2011 núm. 141.

12. Artículo redactado conforme a la DA 5ª de la Ley 29/1998, de 13 de julio (RCL 1998, 1741), de Regulación de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, modificada por la DA 24ª de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre (RCL 1998, 3063), de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social en la que se preveía que en el plazo de nueve meses de la entrada en vigor de la Ley 29/1998, de 13 de julio el Gobierno remitiría a la Cortes Generales un Proyecto de Ley para llevar a cabo dicha incorporación.

13. STS 12 de julio 1999 (RJ 2000, 3416). En general sobre esta cuestión de impugnación de las resoluciones de la autoridad administrativa laboral en materia de regulación de empleo, entre otras, Auto de 19 de enero 2011 (RJ 2011, 2434), SSTS 5 de octubre 1999 (RJ 1999, 7544), 17 de marzo 1999 (RJ 1999, 3002), SSTS (cont.-adm.) 12 febrero 2003 (RJ 2003, 2084), 24 junio 2004 (RJ 2004, 5796)

al orden social, mientras que en otro caso se hace al contencioso-administrativo¹⁴. En este caso, queda constatado en la sentencia que la Resolución recaída en el ERE se limitó a autorizar a RTVE la extinción de los contratos, conforme a los criterios pactados por las partes y que, por lo tanto, no concretó el listado de trabajadores, por lo que el conocimiento de la causa corresponde a la jurisdicción laboral conforme los arts. 9.5 y 67 de la LOPJ (RCL 1985, 1578)¹⁵. En este sentido, viene a colación la STS 23 de enero de 2006 (RJ 2006, 2294) que apreció la competencia del orden social, contemplando que sólo cuando no hay acuerdo entre las partes (art. 51.6 ET), es cuando el ERE se decide propiamente por una resolución administrativa y, por lo tanto, sólo en este caso es cuando tiene sentido plantear el problema de la delimitación de competencias entre el orden contencioso-administrativo y el orden social, y la eventual aplicación de la prejudicialidad en relación a determinadas pretensiones¹⁶.

En definitiva, esperamos que todas estas cuestiones queden resueltas con la puesta en marcha de la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción social, cuyo objeto principal es establecer, ampliar, racionalizar y definir con mayor claridad el ámbito de conocimiento del orden jurisdiccional social, con fundamento en su mayor especialización, conocimiento más completo de la materia social y marco procesal especialmente adecuado a los intereses de tutela de este orden¹⁷. Coincidimos con la doctrina en que debemos apostar «por una jurisdicción social robusta», en el sentido de que si se opta por una jurisdicción en torno a los temas sociales, debemos superar los confines del contrato de trabajo y de la Seguridad Social¹⁸. No obstante, esto no significa que el orden social asuma todas las competencias tradicionalmente asignadas a lo contencioso, puesto que la competencia en este orden «no viene determinada por la «materia del asunto», sino por la condición jurídico-pública del sujeto que interviene: administrativo (y contencioso-administrativo)» en el ejercicio de las potestades Administrativas¹⁹.

4. BIBLIOGRAFÍA

BUENDÍA JIMÉNEZ, José Antonio «La edad como criterio de selección en los EREs», en AA VV, *Jurisprudencia social de la jurisdicción contenciosa: ejemplos recientes* (BIB 2011, 890).

14. DE CASTRO MEJUTO, Luis Fernando «Delimitación de la competencia sobre los conflictos posteriores a la aprobación de un expediente de regulación de empleo» (BIB 2009, 2326), p. 3, citando la STS 23 de enero 2006 (RJ 2006, 2294).

15. Igualmente en IGLESIAS CABERO, Manuel «Expediente de regulación de empleo. Ámbitos competenciales en supuestos concretos. La sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2009» (BIB 2009, 1715)

16. En este sentido, BUENDÍA JIMÉNEZ, José Antonio «La edad como criterio de selección en los EREs», obra cit., p. 7.

17. Exposición de motivos III de la Ley 36/2011 de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (BOE 11 de octubre de 2011, núm. 245)

18. SEMPERE NAVARRO, Antonio V., «A contracorriente: por una jurisdicción social robusta» (BIB 2005, 1967), p. 1

19. En este sentido, MARTÍN JIMÉNEZ, Rodrigo «Ambiciones y retas competenciales en la futura Ley de la Jurisdicción Social» (BIB 2011, 267), p. 3.

DE CASTRO MEJUTO, Luis Fernando «Delimitación de la competencia sobre los conflictos posteriores a la aprobación de un expediente de regulación de empleo» (BIB 2009, 2326).

IGLESIAS CABERO, Manuel «Expediente de regulación de empleo. Ámbitos competenciales en supuestos concretos. La sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2009» (BIB 2009, 1715).

MARTÍN JIMÉNEZ, Rodrigo «Ambiciones y retos competenciales en la futura Ley de la Jurisdicción Social» (BIB 2011, 267).

SEMPERE NAVARRO, Antonio V., «A contracorriente: por una jurisdicción social robusta» (BIB 2005, 1967).