

Jurisdicción: Social

Recurso de Suplicación núm. 3377/2008.

Ponente: Ilmo. Sr. D. María del Rosario García Álvarez

REGULACION DE EMPLEO: indemnización: discriminación inexistente: diferencias en la cuantificación: basada en la inclusión voluntaria o no en el ERE. Voto particular.

El TSJ **desestima** el recurso interpuesto por el actor contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 21 de Barcelona, de fecha 18-03-2008, dictada en autos promovidos en reclamación de cantidad, en base a lo reseñado en la fundamentación jurídica.

Voto particular emitido por la magistrada D^a M^a Virginia García Alarcón.

RSU 0003377/2008

T.S.J.MADRID SOCIAL SEC.2

MADRID

SENTENCIA: 00674/2008

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO SOCIAL-SECCIÓN 002 (C/ GENERAL MARTÍNEZ CAMPOS, 27)

N.I.G: 28079 34 4 2008 0028646, MODELO: 46050

TIPO Y N° DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACIÓN 0003377/2008-L

Materia: CONTRATOS DE TRABAJO

Recurrente/s: Juan Ignacio

Recurrido/s: TELEFÓNICA TELECOMUNICACIONES PÚBLICAS SA TTP

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: JDO. DE LO SOCIAL N. 21 de MADRID de DEMANDA 0000585/2007

Sentencia número: 674/08 L

Ilmos/as. Sres/as. D/D^a.

VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN

ROSARIO GARCÍA ÁLVAREZ

MANUEL RUIZ PONTONES

En MADRID a 29 de octubre de dos mil ocho, habiendo visto las presentes actuaciones la Sección 002 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados/as, de acuerdo con lo prevenido en

el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

en el RECURSO SUPPLICACIÓN 0003377/2008-L, formalizado por el/la Sr/a. Letrado D/D^a. LUIS ZUMALACÁRREGUI PITA, en nombre y representación de Juan Ignacio, contra la sentencia de fecha 18-3-08, dictada por el JDO. DE LO SOCIAL n° 021 de MADRID en sus autos número DEMANDA 0000585/2007, seguidos a instancia de Juan Ignacio frente a TELEFÓNICA TELECOMUNICACIONES PÚBLICAS SA TTP, parte demandada representada por el/la Sr./Sra. Letrado D/D^a. JESÚS ANTONIO CARRILLO ÁLVAREZ, en reclamación por CANTIDAD, siendo Magistrado- Ponente el/la Ilmo/a. Sr/a. D/D^a. ROSARIO GARCÍA ÁLVAREZ, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

"PRIMERO.- DON Juan Ignacio prestó servicios para la demandada TELEFÓNICA TELECOMUNICACIONES PÚBLICAS, S.L. desde el 24/02/88, con categoría profesional de Técnico de Gestión, hasta el mes de junio del 2006 en el puesto de trabajo de Responsable de Administración, habiendo percibido un promedio anual de 58.293,30 euros, base que utilizó la empresa para realizar cálculo indemnizatorio y con la que el actor mostró su expresa disconformidad."

"SEGUNDO.- Por Resolución de 26/12/06 de la Dirección General de Trabajo y Asuntos Sociales se aprobó el Expediente de Regulación de Empleo (38/06): 1º) Autorizando en los términos del pacto de despido colectivo celebrado el 14/12/06 entre la empresa TELEFÓNICA TELECOMUNICACIONES PÚBLICAS, S.L. y el COMITÉ INTERCENTROS de la misma, integrado por los Sindicatos UGT, CC.OO., y U.S.O. la extinción de las relaciones laborales de hasta un máximo de 170 trabajadores pertenecientes a los referidos centros de trabajo, que la empresa indica en su solicitud, en la forma, términos, condiciones y calendario de aplicación estipulados en dicho pacto, que se adjunta, con vigencia para su aplicación por la empresa hasta el 31/12/07. (Se dan por reproducidos dicha resolución así como el pacto previo, aportados por ambas parte-folios 34 a 47 y 113 a 120). 2º) Con fecha 11/01/07 se le comunicó por escrito firmado por el Director de Área de Recursos Humanos (folio 48) al actor su inclusión con afectado en el ERE 38/06, preavisándole de la extinción del contrato de trabajo para el 31 de ese mismo mes y año, en los términos y condiciones acordadas por la representación legal de la empresa y de los trabajadores en el acta final suscrita el 14/12/06."

"TERCERO.- Y se le reiteró en otro escrito del 31 de enero (folio 49), firmándose en esa misma fecha un contrato de baja indemnizada, con dos anexos, que se dan igualmente por reproducidos de los folios 63 a 65, detallándose en el segundo el cálculo realizado para que el actor percibiese un total de 133.064,56 euros en dos recibos de nóminas correspondientes al mes de enero del 2007 -folios 51 y 52- donde hizo consta su no conformidad."

"CUARTO.- Interpuso el actor papeleta de conciliación ante el SMAC el 12/06/07 en concepto de reclamación de cantidad que tuvo lugar el 27 de ese mismo mes y año, sin efecto, ya que no compareció la demandada."

"QUINTO.- Pese a no seguir en el puesto de trabajo de responsable de administración siguió el actor percibiendo en nóminas a partir de julio del 2006 el complemento denominado de Gratificación Función en la cuantía mensual de 1.114,14 euros."

TERCERO En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Que debía estimar parcialmente la demanda interpuesta por DONJuan Ignacio en concepto de RECLAMACIÓN DE CANTIDAD contra la empresa TELEFÓNICA TELECOMUNICACIONES PÚBLICAS SAU condenando a la misma al pago de 5.870,28 euros".

CUARTO Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte ACTORA tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 30-6-08, dictándose las correspondientes y subsiguientes decisiones para su tramitación en forma.

SEXTO Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 15 de octubre del 2008 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO La sentencia es objeto de recurso por ambas partes, que consienten el relato de hechos probados, alcanzando así el valor de inalterable por expresamente consentido, representando de esta forma la premisa fáctica de la que ineludiblemente debemos partir.

La parte actora formula un primer motivo que ampara en el apartado c) del artículo 191 de la [Ley de Procedimiento Laboral \(RCL 1995, 1144, 1563\)](#). En él se alega la infracción de lo establecido en el art. 17 del [Estatuto de los Trabajadores \(RCL 1995, 997\)](#) en relación con los arts. 14 y 28 de la [CE \(RCL 1978, 2836\)](#).

Insiste la parte actora en su alegación de que el acuerdo logrado el día 14 de diciembre de 2006 entre la empresa y la representación social, por el que se establece un incremento del 15% de la indemnización a percibir, en determinadas condiciones, conlleva una diferencia de trato en función de "la adhesión o no a los sindicatos o a sus acuerdos" lo que, a su entender infringe de plano lo establecido en el citado art. 17 del ET.

En primer lugar, debemos señalar que la causa de la desestimación de la pretensión no es, como esencialmente se argumenta en el recurso, que la misma deba articularse por el cauce de los arts. 175 y ss. de la LPL. Basta una simple lectura de la sentencia, fundamento segundo, para comprobar la existencia de un razonamiento de fondo por el que el Juzgador expresa que el Acuerdo no es lesivo para el trabajador, no siendo la mención al cauce procedimental la causa del rechazo parcial de la demanda.

Sin perjuicio de ello, y aun entendiendo que ciertamente se puede elegir el proceso ordinario pues lo que se plantea es, sin más, una reclamación de cantidad, hay que anticipar que no se comparte el criterio del actor.

En efecto, asiste la razón a la demandada cuando afirma que el Acuerdo trata de incentivar la adhesión voluntaria de los trabajadores al ERE, evitando a la empresa acudir a la designación nominal, ya que tanto el acuerdo final como la resolución administrativa carecían de relación nominativa. Con ello se modula la gestión empresarial unilateral de designación de los afectados, primando la inclusión voluntaria, lo que obviamente minimiza el efecto traumático derivado de la elección del empresario.

Lo anterior se desprende con claridad de la cláusula cuarta número 2 del acta final del acuerdo que obra adjunta a la resolución. En ella se establece lo siguiente: "Designación de los trabajadores afectados: con independencia de la facultad de la Dirección de la Empresa para designar a los trabajadores afectados, y el objeto de minimizar los efectos traumáticos del presente Expediente de Regulación de Empleo, que es de carácter forzoso, los trabajadores que deseen extinguir sus contratos de trabajo conforme a los programas previstos en este Acuerdo...". De este texto se colige, en nuestra opinión, el deseo de potenciar la adhesión voluntaria mediante la fijación del incremento citado que, de no existir, no lograría la adhesión voluntaria.

No se desconoce por la Sala que, en una primera aproximación, pudiera apreciarse un cierto trato desigual pues si lo que se valora es la pérdida del puesto de trabajo, el mismo valor tiene el del voluntario que el del forzoso, resultando así que aquél que no quiso perder su puesto de trabajo y es finalmente designado como forzoso percibe además una indemnización menor. Pero la resultante final no es ésta, ni tampoco lo querido y, no olvidemos, pactado por las partes y autorizado por la autoridad laboral.

La cuestión se resuelve, estimamos, por la simple entrada del juego de las probabilidades, alternativas y riesgo asumido por cada parte.

Así, la empresa con la adhesión voluntaria, obviamente asume el riesgo de un mayor coste económico, pues si a modo de ejemplo tomamos el importe reclamado por el actor redondeado (19.000 ?) y lo multiplicamos sencillamente por 70 trabajadores voluntarios (de los 170 afectados), resulta un total de 1.330.000 ? que la empresa satisface de más por lograr una adhesión voluntaria, en un expediente que no debemos olvidar es de carácter forzoso, pudiendo aquélla ser incluso completa, lo que supondría un importante incremento del coste económico, pues la patronal se comprometió con carácter general a aceptar las solicitudes presentadas, salvo en los supuestos en los que no sea posible por necesidades organizativas. La empresa, por tanto, que puede elegir y pagar, renuncia a la primera alternativa pagando más, con el fin de minimizar el efecto traumático y, desde luego, la conflictividad y litigiosidad que para ella siempre se deriva de toda designación.

Por su parte, el trabajador que decide no adherirse voluntariamente lo que hace es jugar con la posibilidad de no ser elegido y conservar su puesto de trabajo, con lo cual su apuesta es clara: quiero mi puesto de trabajo y mi apuesta es por conservarlo y el coste de poder hacer esta apuesta es, precisamente, la diferencia en la indemnización. En consecuencia, sus alternativas son dos: si gano, porque la empresa no me elige, conservo mi puesto de trabajo; si pierdo la apuesta, obtengo la indemnización pactada, sin incremento.

Finalmente, el trabajador que decide adherirse voluntariamente y extinguir su contrato de trabajo lo que hace es renunciar a la posibilidad de apostar, esto es, de conservar su puesto de trabajo, bien porque se considera de probable designación, bien porque resulta conveniente a sus intereses personales. En cualquier caso, la renuncia a la posibilidad de conservación del puesto de trabajo le hace obtener su importe, esto es, la diferencia superior en la indemnización.

Lo que se valora, por tanto, en un 15% de la indemnización no es en sí la pérdida del puesto de trabajo, sino la probabilidad de no ser designado y conservar el puesto. Si se renuncia a ella, se obtiene la diferencia. Si se conserva, se puede ganar, el mantenimiento del puesto de trabajo.

Por el contrario, la aceptación de la tesis del actor es la que generaría un verdadero trato desigual porque, de prosperar, contaría con mayores alternativas que sus compañeros: la indemnización mínima garantizada de partida, la apuesta por la conservación del puesto de trabajo y, ante el fracaso de su apuesta, el percibo de la mayor indemnización como si se hubiese adherido de forma voluntaria. Mientras, todos los que optaron voluntariamente, renunciaron a la probabilidad de no ser designados.

Si a todo lo anterior se añade que el ERE y sus acuerdos fueron pactados y aprobados por la autoridad laboral y que el actor pudo adherirse voluntariamente, lo que no hizo, decidiendo jugar a la probabilidad de conservar su puesto de trabajo no se precisan, en nuestra opinión, más razones para confirmar los razonamientos del Juez de instancia, que no ha incurrido en las infracciones denunciadas.

SEGUNDO Tampoco puede prosperar el segundo motivo en el que se alega la infracción del art. 51.8 del [ET \(RCL 1995, 997\)](#) en relación con el acuerdo de 16 de diciembre de 2006, a su vez en relación con el art. 1256 del [CC \(LEG 1889, 27\)](#).

En efecto, el argumento de que el actor no pudo solicitar su adhesión en plazo al Plan Social cae por su propio peso cuando, como se señala en el escrito de impugnación, el Juez recoge en el Fundamento segundo, con valor de hecho probado, que "el actor decidió libremente no aceptar su voluntaria inclusión haciéndola pública en el plazo previsto". A ello debe añadirse que el documento que se alega, además de no interesarse la revisión fáctica, nada acredita, pues solo evidencia un correo previo a la fecha del Acuerdo por el que se aprueba el Plan Social que, como se desprende de la sentencia, era conocido por todos los trabajadores tras su firma. En fin, tanto de la sentencia como del expediente se desprende que, sin duda, las condiciones del Plan Social eran de conocimiento público y notorio en la empresa, no habiéndose acreditado lo contrario ni siquiera de forma somera.

TERCERO El recurso de la empresa se articula a través de un único motivo, amparado en el apartado c) del artículo 191 de la [Ley de Procedimiento Laboral \(RCL 1995, 1144, 1563\)](#). En él se alega la infracción de lo establecido en el art. 46 del [Convenio Colectivo aplicable a los trabajadores de Telefónica Telecomunicaciones Públicas \(LEG 2004, 4046\)](#) (BOE 11-6-2004), por interpretación errónea, así como del también art. 46 del [Convenio publicado en el BOE el 28-3-2008 \(LEG 2008, 2444\)](#).

Los términos del Acuerdo de 14 de diciembre de 2006 son especialmente claros al establecer que "para los que causen baja en el año 2007 se tomará como salario regulador el correspondiente a 2006 con un incremento del 2%".

Partiendo de este texto, pactado y admitido, sobra cualquier disquisición relativa a la naturaleza del complemento, pues deberá estarse al salario efectivamente percibido en el año 2006, que tendrá que ser incrementado en un 2%. No puede acudirse, porque el pacto no lo permite, a mecanismos como el de la absorción y la compensación, o a debates sobre si el complemento dejó de ser funcional porque no se desempeñaban las funciones puesto que, en cualquier caso, lo que resulta manifiesto es que la empresa lo siguió abonando, como era costumbre, a modo de una condición más beneficiosa, cuyo importe el actor percibía como salario en el año 2006 y, por ende, formando parte del parámetro económico regulador de las consecuencias derivadas de la extinción de la relación de trabajo. Se confirma, por tanto, la sentencia que no ha incurrido en las infracciones denunciadas, con aplicación al empresario recurrente de lo establecido en los arts. 202 y 233 de la LPL.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

F A L L A M O S

Que desestimando el recurso de suplicación formulado por D.Juan Ignacio, y el formulado por TELEFÓNICA TELECOMUNICACIONES PÚBLICAS S.L. contra la sentencia nº 135/08 de

fecha 18 de marzo de 2008 dictada por el Juzgado de lo Social nº 21 de los de Madrid en autos 585/07seguidos entre ambas partes, debemos confirmar y confirmamos la citada resolución. Se condena a la empresa recurrente a la pérdida del depósito efectuado para recurrir, dándose al mismo y a la consignación el destino legal, así como a las costas, fijándose en 400 euros el importe de los honorarios del Letrado de la parte contraria.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, previsto en los artículos 216 y siguientes de la [Ley de Procedimiento Laboral \(RCL 1995, 1144, 1563\)](#), que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con lo establecido, más en concreto, en los artículos 219, 227 y 228 de la citada Ley.

Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, y por lo que respecta a los dos últimos preceptos dichos (227 y 228), que el depósito de los 300 euros deberá ser efectuado ante la Sala Cuarta o de lo Social del Tribunal Supremo al tiempo de personarse ante ella y en su cuenta número 2410, abierta en el Banco Español de Crédito, sucursal de la calle de Barquillo, nº 49, oficina 1006, de Madrid, mientras que la consignación en metálico del importe de la condena eventualmente impuesta deberá acreditarse, cuando así proceda, por el recurrente que no goce del señalado beneficio de justicia gratuita ante esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso de casación para unificación citado, para lo cual deberá presentar en el tiempo dicho resguardo acreditativo de haber efectuado la indicada consignación en la cuenta corriente número 2827000003377/08 que esta Sección tiene abierta en el Banco Español de Crédito, sucursal número 1026 sita en C/ MIGUEL ÁNGEL, 17, de Madrid, pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval bancario en el que, expresa y necesariamente, habrá de hacerse constar la responsabilidad solidaria de la entidad bancaria avalista, documento escrito de aval que deberá ser ratificado por persona con poder bastante para ello de la entidad bancaria avalista.

Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

En el supuesto de que la parte recurrente hubiere efectuado las consignaciones o aseguramientos necesarios para recurrir, así como los depósitos precisos a igual efecto, procédase de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 201, 202.1 y 202.3 de la citada Ley de 1.995, y siempre en atención a la parte dispositiva de esta sentencia.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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

VOTO PARTICULAR

que emite la Magistrada Ilma. Sra. D^a. M^a VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN, respecto de la sentencia de fecha veintinueve de octubre de 2008, recaída en el Recurso de Suplicación núm. 3377/2008, de la Sección Segunda.

Discrepo de la sentencia de la mayoría, por las siguientes razones:

1^a) A mi juicio se está efectivamente discriminando a aquellos trabajadores que no se adhieran al acuerdo concertado entre los sindicatos y la empresa que fue homologado en el Expediente de Regulación de Empleo, de manera que se establecen unas indemnizaciones menores para dichos trabajadores, penalizándoles frente a aquéllos que muestran su conformidad con dicho acuerdo al otorgar un 15% más "a las personas que se adhieran al ERE", a la luz de la doctrina del Tribunal Supremo, que, en la [sentencia de 1 de marzo de 2005 \(RJ 2005, 4110\)](#), cita igualmente la doctrina del Tribunal Constitucional que resulta aplicable, siendo la siguiente:

Elart. 14 [CE \(RCL 1978, 2836\)](#) habla de "igualdad" y de "no discriminación", que son principios y realidades no idénticos. (...) La [STC 161/2004 \(RTC 2004, 161\)](#), recogiendo doctrina expresada en sentencias anteriores, afirma que "elart. 14 CE contiene en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad como derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual". Ello supone que "los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas, de suerte que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas". Y asimismo indica lo siguiente: "En resumen, el principio de igualdad no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida". En este sentido dice la [STC 27/2004, de 4 de marzo \(RTC 2004, 27\)](#), con cita de la [STC 119/2002, de 19 de mayo \(RTC 2002, 119\)](#), que el juicio de igualdad es de carácter relacional, en cuanto requiere, como presupuestos obligados, de un lado que exista una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas y, de otro, que las situaciones subjetivas que quieran traerse a comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables.

Elart. 53.1 CE establece expresamente que los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos. Ahora bien, ello no excluye, como es natural, la realidad de que los actos privados también pueden lesionar los derechos fundamentales. Así pues, las relaciones entre particulares, bien que con ciertas matizaciones, no quedan excluidas del ámbito de aplicación del principio de igualdad, de modo que la autonomía de las partes ha de respetar tanto el principio constitucional de no discriminación como aquellas reglas, de rango constitucional u ordinario, de las que se derive la necesidad de igualdad de trato. A ello se refieren, entre otras, las [SSTC 177/1988, de 10 de octubre \(RTC 1988, 177\)](#), 119/2002, de 20 de mayo, y 27/2004, de 4 de marzo, cuya doctrina se resume a continuación.

Tales exigencias lo son también respecto del Convenio Colectivo. Con mayor razón si se tiene en cuenta que en nuestro Ordenamiento Jurídico el Convenio alcanza una relevancia cuasi-pública. Ello se debe no sólo al hecho de que se negocia por entes o sujetos dotados de representación institucional (y a los que la ley encarga específicamente esa función), sino también al hecho de que -una vez negociado- adquiere eficacia normativa, se incardina en el sistema de fuentes del Derecho y se impone a las relaciones de trabajo incluidas en su ámbito, sin precisar el auxilio de acuerdos contractuales ni necesitar el complemento de voluntades individuales.

"En consecuencia -dice la [STC 27/2004](#)- ni de la autonomía colectiva puede, a través del producto normativo que de ella resulta, establecer un régimen diferenciado en las condiciones

de trabajo sin justificación objetiva y sin la proporcionalidad que la medida diversificadora debe poseer para resultar conforme al art. 14 CE, ni en ese juicio pueden marginarse las circunstancias concurrentes a las que hayan atendido los negociadores, siempre que resulten constitucionalmente admisibles".

Todo ello ha de tenerse en cuenta para establecer la razonabilidad o no de las diferencias establecidas en la negociación y si éstas son o no aceptables para el Ordenamiento Jurídico.

Razonabilidad que no concurre en este supuesto, siendo la discriminación evidente, carente de justa causa, en tanto la expuesta en el apartado 2 de la cláusula cuarta, del citado acuerdo: "minimizar los efectos traumáticos del presente ERE, que es de carácter forzoso" no puede alcanzarse nunca primando sólo a los trabajadores voluntariamente adheridos, sino que, por el contrario el trauma es aún mayor para los incluidos forzosamente en el ERE que, no solamente ven extinguido su contrato de trabajo en contra de su voluntad, sino, que además, se les abona una indemnización considerablemente menor que a aquellos compañeros que sí deseaban romper su relación con la empresa y para los que su adhesión se produciría igualmente conforme a la indemnización total con el incremento del 15%, si la misma se fijara también para los incluidos forzosamente, por lo que no hay un premio sino un castigo doble para los que no mostraron su adhesión al acuerdo, en contra de lo dispuesto en el artículo 17.1 del [Estatuto de los Trabajadores \(RCL 1995, 997\)](#) que declara nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, no siendo razonable una medida que carece de eficacia para conseguir el fin que dice pretender, porque aquellos interesados en extinguir su contrato con la indemnización incrementada fijada, iban a consentir si la misma se establece en la misma cuantía para todos los que finalmente resulten afectados, sino discriminatoria y desproporcionada por hacer de peor condición a los que son incluidos forzosamente en el ERE valorando desigualmente la pérdida del empleo de unos y otros, cuando el perjuicio es una realidad objetiva común que ha de ser indemnizada en la misma forma para todos los trabajadores afectados.

2ª) Además, estimo que el acuerdo entre empresa y sindicatos, vulnera el artículo 14 de la [Constitución \(RCL 1978, 2836\)](#), en tanto está discriminando a los trabajadores en función de sus circunstancias personales o sociales, haciendo de peor condición a aquéllos que, por estas circunstancias, cualesquiera que sean, necesitan trabajar y ello les impide mostrar una disponibilidad para prescindir voluntariamente de su empleo adhiriéndose al acuerdo, manteniéndose en su puesto de trabajo, en la mayoría de los supuestos, como es evidente, por tener una familia que requiere de sus ingresos y va a resentirse por la disminución de los mismos como consecuencia del ERE, siendo lícita su opción y contrario al citado precepto que, por ella, fruto de sus circunstancias personales se les penalice.

3ª) Por último, considero que se ha vulnerado la garantía de indemnidad contenida en el artículo 24 de la Constitución, porque se castiga por la empresa a aquéllos que pretenden ejercer su derecho al trabajo reconocido por el artículo 35 de la Constitución reduciendo su indemnización frente a la de aquéllos que renuncian a tal derecho.

Por todo lo anterior comparto la tesis del recurrente, respecto de la nulidad de la atribución del 15% más de indemnización, exclusivamente a aquellos trabajadores adheridos al acuerdo de los sindicatos con la empresa que, consecuentemente, ha de abonarse a todos los incluidos en el ERE, por su propia voluntad o de forma forzosa y, por ello hubiera procedido, a juicio de quien suscribe el presente voto, la estimación del recurso y la revocación del fallo de la sentencia, estimando íntegramente la demanda y condenando a la empresa al pago de la indemnización solicitada.

PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia en el día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.