



Roj: **STS 897/2022 - ECLI:ES:TS:2022:897**

Id Cendoj: **28079149912022100027**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **18/02/2022**

Nº de Recurso: **275/2021**

Nº de Resolución: **167/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **MARIA LUZ GARCIA PAREDES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

PLENO

Sentencia núm. 167/2022

Fecha de sentencia: 18/02/2022

Tipo de procedimiento: CASACION

Número del procedimiento: 275/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/02/2022

Ponente: Excm. Sra. D.^a María Luz García Paredes

Procedencia: T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

Transcrito por: TDE

Nota:

CASACION núm.: 275/2021

Ponente: Excm. Sra. D.^a María Luz García Paredes

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

PLENO

Sentencia núm. 167/2022

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D.^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D.^a. Rosa María Virolés Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Ángel Blasco Pellicer

D. Sebastián Moralo Gallego



D^a. María Luz García Paredes

D^a. Concepción Rosario Ureste García

D. Juan Molins García-Atance

D. Ricardo Bodas Martín

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 18 de febrero de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la letrada D^a Sara Blanco Menéndez, en nombre y representación de la empresa DAORJE S.L.U., contra la sentencia de 27 de julio de 2021, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en el procedimiento núm. 24/2021, seguido a instancia de los sindicatos CCOO de Asturias y UGT de Asturias frente a la empresa DAORJE S.L.U., sobre conflicto colectivo.

Han comparecido en concepto de recurridos los sindicatos CCOO de Asturias y UGT de Asturias, representados respectivamente por los letrados D^a Nuria Fernández Martínez y D. David Diego Ruiz.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a María Luz García Paredes.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de los sindicatos CCOO de Asturias y UGT de Asturias, se presentó demanda de conflicto colectivo frente a la empresa DAORJE S.L.U., de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, y en la que tras exponer los hechos y motivos que estimaron de aplicación terminó suplicando se dictara sentencia por la que se declare: "la nulidad de la decisión de la empresa de exigir a los trabajadores eventuales/temporales la devolución de los **permisos** retribuidos que concedió en el periodo 30 de marzo a 11 de abril de 2020, restaurando así el trato desigual producido con los trabajadores fijos así como declare la nulidad de los descuentos practicados a estos por el mismo motivo al finalizar sus contratos eventuales en sus nóminas, obligando a la empresa demandada a devolver a cada trabajador afectado pro este conflicto, la cantidad indebidamente descontada por este concepto, y con cuanto más proceda en derecho, obligando a la empresa a adoptar las medidas necesarias para la efectividad de lo acordado".

SEGUNDO.- 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.

TERCERO.- En fecha 27 de julio de 2021, se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en la que consta el siguiente fallo: "Que desestimando las excepciones opuestas por la empresa DAORJE SLU y estimando la demanda de Conflicto Colectivo formulada por los sindicatos COMISIONES OBRERAS DE ASTURIAS y UNION GENERAL DE TRABAJADORES, frente a dicha empresa, declaramos la nulidad de la decisión de exigir a los trabajadores eventuales/temporales la devolución de los **permisos** retribuidos que concedió en el periodo de 30 de marzo a 11 de abril de 2020, restaurando así el trato desigual producido con los trabajadores fijos, y la nulidad de los descuentos practicados por ese motivo a los trabajadores temporales al finalizar sus contratos, con obligación de la empresa de adoptar las medidas necesarias para su efectividad y devolver a los trabajadores afectados por este conflicto las cantidades indebidamente descontadas por el referido concepto".

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

"1º) La empresa demandada, Daorje SLU, que se dedica a prestar servicios industriales e ingenierías a sus clientes, cuenta con una plantilla aproximada en Asturias de 1.800 trabajadores, repartida en varios centros de trabajo: factorías de Arcelor Mittal en Veriña (Gijón) y Avilés, Taller de Tabaza, Industria Química del Nalón de Sama, Saint Gobain Cristalería Española en Avilés, ENCE en Navia, Cementera de Tudela Veguín, Trefilería Moreda en Gijón, Deganta en Avilés, etc. Tiene también centros de trabajo en otras Comunidades Autónomas.

2º) En Asturias, hay un delegado de personal por CC.OO en el centro de Trefilería Moreda en Gijón y otro por UGT en el centro de Deganta en Avilés. Igualmente, hay dos comités de empresa, que representan a sus plantillas más grandes, en las factorías de Arcelor Mittal de Avilés y Veriña. El comité de Avilés está formado por 23 miembros, de los que 17 fueron elegidos por el Sindicato CC.OO de Asturias, 5 por UGT y 1 por USO. El comité de Veriña está formado por 17 miembros, de los cuales 11 fueron elegidos por el Sindicato CC.OO, 5 por UGT y 1 por USO. El resto de centros carece de representantes.



3º) La empresa demandada aplicó a la mayoría de su plantilla de Asturias el **permiso retribuido recuperable** previsto en el Real Decreto Ley 10/2020; prorrogando tal **permiso** a algunos trabajadores hasta los días 10 u 11 de abril.

4º) A los trabajadores temporales de los centros de Asturias, que disfrutaron del **permiso retribuido recuperable** y finalizaron sus contratos desde el mes de abril de 2020 en adelante, la empresa les descontó en sus liquidaciones los días de **permiso retribuido**. El presente conflicto colectivo afecta a todos esos trabajadores. 3 5º) En el mes de septiembre de 2020 -cuando la mayor parte de los trabajadores temporales ya habían cesado- la empresa inició periodo de consultas, para la recuperación de los días de **permiso retribuido recuperable**, con los comités de empresa de los centros de Arcelor Mittal en Veriña y Avilés.

5º) En el mes de septiembre de 2020 -cuando la mayor parte de los trabajadores temporales ya habían cesado- la empresa inició periodo de consultas, para la recuperación de los días de **permiso retribuido recuperable**, con los comités de empresa de los centros de Arcelor Mittal en Veriña y Avilés. - El periodo de consultas en Gijón comenzó el día 11 de septiembre y finalizó sin acuerdo el 9 de diciembre de 2020. - En Avilés comenzó del 25 de septiembre y acabó sin acuerdo el 23 de noviembre. - Los representantes de los trabajadores mantuvieron que los **permisos recuperables** no eran de aplicación a la empresa, y por tanto no admiten la recuperación.

6º) La empresa comunicó a los comités de empresa de Avilés y Gijón, mediante escritos fechados del 3 de diciembre y 14 de diciembre, respectivamente, su decisión de proceder a la aplicación de la medida de recuperación íntegra de los periodos considerados como **permisos** retribuidos, acompañando Anexos en los que se relacionaban los trabajadores afectados por la medida.- La comunicación a los trabajadores afectados se produjo mediante escritos fechados el 3 de diciembre, para los del centro de trabajo de Avilés, y el 14 de diciembre para los del centro de Gijón.

7º) Llegado el 31 de diciembre, ninguno de los trabajadores fijos recuperó los días de **permiso**.

8º) El día 6 de abril de 2021 se celebró acto de mediación ante el SACEC, finalizado con el resultado de sin avenencia".

QUINTO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación legal de la empresa DAORJE SLU, siendo admitido a trámite por esta Sala.

SEXTO.- Impugnado el recurso por los sindicatos CCOO de Asturias y UGT de Asturias, se emitió informe por el Ministerio Fiscal en el sentido de considerar el recurso procedente, e instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente se declararon conclusos los autos y, estimando la Sala que, dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, procedía su debate por la Sala en Pleno, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 197 de la Ley de Orgánica del Poder Judicial, señalándose a tal efecto, el día dieciséis de febrero de dos mil veintidós, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Asturias ha dictado sentencia el 27 de julio de 2021, en el proceso de conflicto colectivo seguido bajo el número (núm.) 24/2021, en la que, desestimando las excepciones opuestas por la empresa DAORJE SLU y estimando la demanda de Conflicto Colectivo formulada por los sindicatos Comisiones Obreras (CCOO) de Asturias y Unión General de Trabajadores (UGT), contra dicha empresa, declara "la nulidad de la decisión de exigir a los trabajadores eventuales/temporales la devolución de los **permisos** retribuidos que concedió en el periodo de 30 de marzo a 11 de abril de 2020, restaurando así el trato desigual producido con los trabajadores fijos, y la nulidad de los descuentos practicados por ese motivo a los trabajadores temporales al finalizar sus contratos, con obligación de la empresa de adoptar las medidas necesarias para su efectividad y devolver a los trabajadores afectados por este conflicto las cantidades indebidamente descontadas por el referido concepto".

Frente a dicha resolución judicial se ha interpuesto por la parte demandada recurso de casación en el que, como primer motivo y al amparo del apartado b) del artículo (art.) 207 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) denuncia la falta de competencia de la Sala de instancia para conocer de las actuaciones, invocando a tal efecto el art. 7 a), 8.1 y 6 de la LRJS.

Según dicha parte, constando en los hechos probados que existen centros de trabajo fuera del Principado de Asturias y que los descuentos cuestionados han afectado a todos los contratos temporales, no puede la Sala de instancia declarar su competencia de jurisdicción bajo el pretexto de limitar los efectos de su pronunciamiento a la Comunidad Autónoma y no derivar el conflicto a la Audiencia Nacional. Es más, tampoco sería competencia del TSJ en tanto que las situaciones de los centros no es homogénea para articularla en un único conflicto colectivo, existiendo en algunos centros representación legal de los trabajadores y no en otros y, además, en



algunos que contaban con ella se desarrolló un periodo de consultas sobre el **permiso retribuido recuperable** y no en otros. A ello se une que la situación es muy diversa si se atiende a la actividad que se despliega en las diferentes instalaciones de las empresas principales.

El Sindicato UGT, como parte recurrida, ha impugnado el recurso reseñando, en lo que al presente motivo se refiere, que las razones ofrecidas por la sentencia impugnada para desestimar la excepción de incompetencia que se invocó por la parte demandada son más que suficientes y ajustadas a derecho para negar aquella excepción, máxime cuando no se constata tan siquiera en el relato fáctico el ámbito de afectación que se alega de contrario.

También ha sido impugnado el recurso y, por ende, el presente motivo, por el Sindicato codemandante CCOO manifestando que la demandada no ha dejado constancia de que la afectación del conflicto exceda o se ciña a otro diferente al que ha sido objeto del presente procedimiento. Es más, refiere que lo que se aduce por el recurrente, en relación con la competencia de un Juzgado de lo Social, tampoco procedería por cuanto que en el presente conflicto se está haciendo valer un trato discriminatorio que abarca a los afectados -personal con relación temporal en Asturias- en relación con el personal fijo, siendo irrelevante la representación de trabajadores que pudiera existir.

El Ministerio Fiscal ha emitido su informe en el que pone de manifiesto la estimación del recurso en el último motivo. Respecto del primero, que es el que ahora nos ocupa, su oposición al mismo se justifica en que no hay elementos fácticos de los que obtener que el conflicto vaya más allá del ámbito de afectación que se ha fijado en la demanda, citando a tal efecto la sentencia de esta Sala que se invoca en la aquí recurrida.

La respuesta al motivo debe ser la de su desestimación.

En efecto y en relación con la cuestión que se suscita, la sentencia impugnada ha rechazado la excepción de incompetencia objetiva de la Sala para conocer del conflicto colectivo con apoyo en la sentencia de esta Sala de 20 de noviembre de 2019, rec. 39/18. Y a tal fin razona que a la demandada le corresponde acreditar que el conflicto tiene una extensión más allá del marco geográfico al que la parte actora ha ceñido su demanda. Por tanto, al no constar que el conflicto se haya presentado en otros territorios diferentes, no es posible negar la competencia objetiva de la Sala. Expresamente, dijo: "En el presente caso, la demanda se ciñe a solicitar la nulidad de una decisión que afecta a los trabajadores temporales que prestaron servicios en los centros de trabajo que la empresa demandada tiene en Asturias, por lo que a ella correspondía acreditar que el conflicto se extiende más allá del marco geográfico al que la parte actora ha ceñido su pretensión (STS de 24-9-09, Rec. 74/08), y no lo ha hecho. Ninguna constancia existe de que la cuestión planteada en el presente conflicto se haya suscitado también en centros de trabajo ubicados en otras Comunidades Autónomas; ni siquiera de que se haya aplicado a los trabajadores de esos centros el **permiso retribuido recuperable**, pues ninguna prueba se ha aportado que acredite la celebración de periodos de consultas con sus representantes para la recuperación, a diferencia de lo ocurrido en Asturias, y las liquidaciones de trabajadores temporales de los centros de Sagunto y Lugo (documentos 33 y 34 de su ramo de prueba) no incluyen tal concepto, que si aparece en las liquidaciones de trabajadores temporales de los centros de Asturias (documento 17 del ramo de prueba de las demandantes).

En consecuencia, ningún fundamento tiene la alegada falta de competencia de esta Sala para conocer de un conflicto que extiende sus efectos a un ámbito territorial superior al de la circunscripción de un Juzgado de lo Social y no superior al de la Comunidad Autónoma, pues afecta a los trabajadores temporales de todos los centros que la demandada tiene en Asturias, a los que descontó en sus liquidaciones los días de **permiso retribuido**".

Pues bien, a la vista de lo resuelto, es evidente que la Sala de instancia no ha infringido la normativa que se denuncia. Según viene recogiendo esta Sala, en la sentencia que se cita en la que aquí se recurre, de 20 de noviembre de 2019, rec. 39/2018, con invocación de los arts. 6.1, 7.1 a) y 8.1 de la LRJS, el análisis de la competencia objetiva debe realizarse teniendo en consideración que:

"a) La afectación del conflicto se ha de examinar en función del objeto del mismo, teniendo en cuenta que el objeto del proceso de conflicto es el que se delimita con la pretensión de la demanda por mor del principio dispositivo [...].

b) No puede confundirse el ámbito del conflicto con el de la norma legal o convencional aplicada o interpretada. Mientras que lo que delimita la norma es una mera afectación hipotética, el núcleo de la pretensión del conflicto no puede ser teórico o de futuro, sino real. Por ello, es cierto que el conflicto puede abarcar todo el marco de presencia de la norma, mas también puede tener un impacto más reducido [...]. En todo caso, la sentencia que dé respuesta al conflicto colectivo no producirá efectos sobre el ámbito de aplicación de la norma, sino sobre el de afectación del conflicto planteado [...].



c) Tampoco es relevante el que la empresa extienda su actividad en un área geográfica más amplia [...].

d) No obstante, no cabe reducir artificialmente el ámbito del conflicto colectivo con la legitimación del sujeto colectivo accionante. Tal circunstancia la hemos apreciado cuando se constata que el procedimiento incoado ante un determinado Tribunal Superior de Justicia planteaba una cuestión que también se había suscitado paralelamente en centros de trabajo ubicados en otras Comunidades Autónomas (STS/4ª de 15 junio 2018 -rec. 132/2017-); o cuando se acredita que el conflicto afecta a todos los trabajadores de la empresa, destinados en territorios diversos (STS/4ª de 22 junio 2016 -rec. 185/2015-)."

Y, sigue diciendo que: "es cierto que la empresa es titular de centros de trabajo en otros territorios, mas no cabe derivar de ello que el conflicto se propague a otras ubicaciones distintas de las definidas en la demanda, respecto de las cuales no consta que se haya planteado petición o reclamación alguna.

Nada se pide en relación con la plantilla de la empresa fuera del centro de trabajo de la delegación de Madrid, por lo que, de considerar la empresa que se estaba llevando a cabo una reducción inadecuada del conflicto, es ella la que habría de aportar elementos que permitan afirmar de modo razonable que, en efecto, la controversia litigiosa tiene un alcance actual y real sobre otros centros de trabajo de su titularidad; no en vano es la empresa la que posee los datos necesarios y puede conocer y acreditar que el conflicto se extiende más allá del marco geográfico al que la parte actora ha ceñido su pretensión. En la STS/4ª de 24 septiembre 2009 -rec. 74/2008-, antes citada, ya señalábamos que la prueba de esos datos corresponde en todo caso a la demandada, precisamente porque, no sólo se trata de asumir la carga de acreditar los hechos sobre los que se asienta una excepción a la demanda, sino por el referido principio de facilidad probatoria que se plasma en el art. 217.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil".

La STS de 9 de diciembre de 2021, rec. 186/2021, recuerda otras precedentes en las que ya se dejó sentado que "la competencia se determina por los límites reales e inherentes a la cuestión debatida (STS de 20 de diciembre de 2004 -Rec. 44/2004). Ello supone, a su vez, que: no cabe extender un litigio colectivo basándose en una potencial afectación distinta de la señalada en la demanda, en puras conjeturas e hipótesis de futuro (STS de 4 de abril de 2002 -Rec. 882/2001- y 25 de octubre de 2004 -Rec. 5046/2003-); y que tampoco cabe ceñirse a los límites artificialmente diseñados por las partes. Abunda en esa tesis el que el artículo 154 LRJS atribuya la legitimación para promover el proceso de conflicto colectivo en función del alcance de la representación de sindicatos, asociaciones empresariales o representantes legales o sindicales de los trabajadores. Por ello, también desde esta óptica, esta Sala ha venido sosteniendo que la competencia para conocer de una demanda de conflicto colectivo no deriva del alcance de la norma o decisión que se trata de interpretar o aplicar, sino del alcance o área a la que se contrae el conflicto (STS de 21 de julio de e 2009, rcud. nº 3389/2008)".

Los hechos probados, aquí inmodificados, indican la actividad a la que se dedica la demandada, los centros de trabajo que tiene en Asturias y la composición que, en relación con la representación de los trabajadores, existe en determinadas factorías de la zona, así como la decisión de la empresa adoptada en ese marco comunitario, objeto del presente procedimiento, y la respuesta dada por la sentencia recurrida para rechazar la excepción de falta de competencia objetiva que se alegó por la demandada. A la vista de todo ello, la decisión que aquí se adopta es la de mantener lo que la Sala de instancia ha acordado sobre su competencia para resolver el conflicto porque los presupuestos de los que parte la recurrente para justificar la incompetencia que reitera en este recurso no tienen reflejo en el relato fáctico, ni en relación con la competencia de un Juzgado de lo Social ni respecto de la que se pretende, derivando el asunto a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional (AN).

Como bien refiere el Ministerio Fiscal y las partes recurridas, reiterando lo que apreció la sentencia recurrida, la demandada no ha dejado constancia de que el conflicto que se ha traído al procedimiento pueda estar presente más allá de los centros de trabajo que se han identificado en la demanda ni que en otros hayan tenido lugar periodos de consulta entre empresa y representación de trabajadores para solventar lo relativo a la recuperación de los días de **permisos** en el periodo de referencia que, por otro lado y en todo caso, debería referirse a la situación de los trabajadores temporales.

Como en ocasiones ha señalado esta Sala, y aquí es una de ellas, la parte recurrente está incurriendo en el conocido vicio procesal de la llamada "petición de principio" o "hacer supuesto de la cuestión", defecto que se produce cuando el recurrente parte de unas premisas fácticas distintas a las que declara probadas la resolución recurrida, tal y como recuerda la STS de 15 de diciembre de 2021, rec. 196/2021, con cita de la sentencia del TS de 14 de mayo de 2020, recurso 214/2018, entre otras.

SEGUNDO.- En el siguiente motivo, con amparo en el apartado c) del art. 207 de la LRJS, se pretende la nulidad de as actuaciones porque se ha vulnerado el art. 97.2 de la LRJS; en relación con el art. 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) y art. 24 del a Constitución Española (CE), respecto de la figura procesal de la incongruencia que, a su juicio, está presente en la sentencia recurrida.



Según dicha parte, la incongruencia en la que incurre la sentencia recurrida lo es por la falta de respuesta en ella a la aplicabilidad o no de la regulación sobre el **permiso retribuido recuperable** que se recoge en el Real Decreto- Ley (RDL) 10/2020. Esto es, se cuestiona si procede o no los descuentos practicados por la demandada a los trabajadores temporales que no pudieron recuperar las jornadas no trabajadas en el periodo de 30 de marzo de 2020 y 9 de abril de 2020, cuando, a su entender, la demandada está en el ámbito subjetivo de aquella norma, lo que, además, así lo aprecia la propia sentencia de instancia, como se advierte de su fundamento jurídico 5º.

El Sindicato UGT impugna el motivo reseñando que el debate no se centraba en determinar si la actividad de la demandada estaba o no bajo la cobertura del Real RDL 10/2020 sino que lo pretendido en la demanda era un trato igual entre trabajadores fijos y temporales.

La impugnación del motivo que se realiza por el Sindicato CCOO refiere que la pretensión de la demanda no estaba en la inaplicación o no del RDL 10/2020 sino en la vulneración del principio de no discriminación que ha sido ignorado por la demandada, cuando la incongruencia que se pretende hacer valer debería focalizarse entre lo que se ha pedido en demanda y lo que se ha resuelto en la sentencia y no sobre los debates que cada parte quiera introducir para hacer valer sus respectivas posiciones. Es más, refiere la irrelevancia de lo que pretende la recurrente porque, fuera cual fuera la decisión, siempre estaría presente el trato discriminatorio que es el eje y centro de la pretensión.

El Ministerio Fiscal también considera que el motivo no puede tener éxito porque no se está solicitando en demanda que la decisión empresarial que se denuncia se anule por no hallarse sometida al RDL 10/2020 sino la vulneración del art. 14 de la CE.

Tampoco este motivo puede salir adelante porque no se advierte incongruencia omisiva en la sentencia recurrida.

Las partes son perfectamente conocedoras de la doctrina constitucional y jurisprudencia de esta Sala que, en relación con la incongruencia omisiva, de forma reiterada ha venido perfilando los elementos que la caracterizan. No obstante, queremos significar al respecto que, como dice el TC, "la incongruencia

omisiva o ex silentio, se produce cuando el órgano judicial deja sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, y sin que sea necesaria, para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen por las partes como fundamento de su pretensión, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales" [STC 178/2014].

Según esa doctrina, deben diferenciarse las alegaciones de las partes para fundamentar sus pretensiones y las pretensiones en sí mismas, consideradas, en el sentido de que no es exigible al órgano judicial dar una contestación explícita y pormenorizada de todas y cada una de las alegaciones formuladas, pudiendo ser suficiente, en atención a las circunstancias particulares del caso, una respuesta global o genérica, aun cuando se omita una contestación singular a cada una de las alegaciones concretas no sustanciales.

Esto es, las alegaciones instrumentales o accidentales en el razonamiento jurídicos no nutren la pretensión configurada por hechos concretos y argumentos jurídicos a ella vinculados que es la que debe ser tratada en forma expresa o, en su caso, considerada en forma siquiera implícita por la sentencia.

En el presente asunto, las demandas acumuladas de conflicto colectivo, como refiere la sentencia recurrida, solicitaban que se "declare la nulidad de la decisión de la empresa de exigir a los trabajadores eventuales temporales la devolución de los **permisos** retribuidos que concedió en el periodo de 30 marzo a 11 de abril de 2020, restaurando así el trato desigual producido con los trabajadores fijos, así como declare la nulidad de los descuentos practicados a éstos por el mismo motivo al finalizar sus contratos en sus nóminas, obligando a la empresa demandada a devolver a cada trabajador afectado por este conflicto, la cantidad indebidamente descontada por este concepto, y con cuanto más proceda en derecho, obligando a la empresa a adoptar las medidas necesarias para la efectividad de lo acordado". La pretensión se amparaba en un trato desigual entre trabajadores fijos y temporales ya que el descuento solo se ha realizado al personal temporal cuando a los fijos ni se les ha exigido la recuperación de los días ni se le ha realizado descuento alguno.

La empresa demandada se opuso a tal pretensión porque, como también indica la sentencia de instancia, "la situación generada no puede calificarse de discriminatoria, pues su voluntad fue siempre que se recuperaran los **permisos** y la privilegiada situación en la que se han encontrado los trabajadores fijos respecto a los temporales, se debió a que los representantes de los trabajadores se negaron a negociar la recuperación de



los **permisos**, por entender que no se amparaban en el Real Decreto-Ley 10/2020, y en los últimos 15 días del año no se pudieron recuperar los días.

La sentencia recurrida, al entrar a conocer de la cuestión de fondo, claramente, indica que el objeto de la controversia no está en "determinar si la demandada se encuentra comprendida en el ámbito de aplicación del RDL 10/2020, regulador del **permiso retribuido recuperable**, sino que la cuestión a decidir se cñe a la desigualdad de trato denunciada entre los trabajadores fijos y los temporales, en lo relativo a la recuperación de los días de **permiso**". Si bien, para resolver la pretensión parte del reconocimiento que hace la demandada del distinto trato que se ha producido en orden a la recuperación del **permiso retribuido recuperable** del RDL 10/2020, seguidamente, pasa a examinar si la demandada ha dado una razón o justificación objetiva de esa diferencia, a la vista del régimen jurídico en el que se activaron aquellos **permisos**.

Pues bien, no podemos apreciar incongruencia alguna en la sentencia de instancia que ha dado respuesta a las pretensiones y a la oposición a la demanda. Por un lado, no se está aquí cuestionando si los descuentos practicados por la demandada son ajustados a derecho sino si esa decisión de la empresa conculca el principio de no discriminación. Por otro, los hechos probados refieren que la empresa aplicó a la mayoría de su plantilla en Asturias el **permiso retribuido recuperable**, previsto en el RDL 10/2020, realizando la sentencia recurrida unos razonamientos sobre dicha norma. Esto es, resolvió lo suscitado por las partes en el marco del derecho a la no discriminación y examinando si la empresa presentaba una justificación razonable para ello, lo que efectuó desde los argumentos que la misma ofrecía a tal efecto. Es más, en modo alguno justifica la parte recurrente que lo que ahora quiere hacer valer le ha ocasionado indefensión, ni en qué medida lo que dice omitido tiene relevancia para desvirtuar que no ha existido un trato desigual cuando es evidente, y ello está en el relato fáctico, que los trabajadores fijos no han recuperado los **permisos retribuidos recuperables** ni han sufrido descuento salarial alguno mientras que los trabajadores temporales han visto mermadas sus liquidaciones por ese concepto. El que haya actuado bajo las normas del RDL no elimina que el trato desigual no exista cuando la propia norma no parte de un distinto tratamiento para fijos y temporales. Otra cuestión será el que la empresa pueda presentar una razón objetiva en la que apoyar su actuación.

TERCERO.- El siguiente motivo, bajo el amparo del apartado e) del art. 207 de la LRJS, denuncia la infracción del art. 15.6 del Estatuto de los Trabajadores (ET), en relación con el RDL 10/2020 y art. 14 de la CE.

La parte recurrente entiende que el debate que centró la sentencia recurrida, al ceñirse en la existencia de desigualdad de trato entre fijos y temporales respecto a la recuperación de los días de **permiso**, no puede realizarse al margen del RDL ya que debe estarse al marco jurídico en el que actuó la demandada. Por ello y en atención al art. 2 y 3 del citado RDL, considera que actuó conforme a dicha norma, en la que no se contempla qué sucede cuando no es posible la recuperación de las horas no trabajadas, como aconteció en este caso en el que hubo contratos temporales que llegaron a término a partir de abril de 2020 y la recuperación solo podía iniciarse a partir de la finalización del estado de alarma, lo que es suficiente para pensar que hay diferencias entre temporales y fijos. Sigue diciendo, que lo mismo podría concluirse respecto de los contratos temporales que finalizaron a partir del mes de junio de 2020, en donde la dimensión de la empresa, las vacaciones estivales y la propia situación extraordinaria, dificultaron la reorganización inmediata de los servicios y recuperación de las horas de trabajo. En definitiva, insiste que no hay discriminación y que el distinto trato estaba justificado, precisamente, por la propia temporalidad de la relación de trabajo, siendo siempre su posición frente a los representantes legales de los trabajadores ajena a cualquier propósito de trato desigualdad. Se manifiesta que la distinción solo surge a partir de que no es posible recuperar la jornada y los efectos de ello y por tanto es el derecho de la empresa de recuperarlas que podrá hacerla efectiva, lo que no ha sido posible en los contratos temporales que han llegado a término, señalando que la no imposición de la recuperación de las horas a los indefinidos lo fue en aras de mantener la paz social y evitar conflictos que pudieran llevar a una huelga

Por el Sindicato UGT, en la impugnación del motivo, se dice que, a la vista del razonamiento ofrecido por la sentencia recurrida, es evidente el trato desigual que la demandada ha dado a los trabajadores temporales afectados por el conflicto, al reclamarles la recuperación de los días de **permiso** habidos durante la pandemia, lo que supone un trato discriminatorio respecto del personal fijo al que no se lo ha exigido, sin que se haya ofrecido justificación alguna a tal forma de proceder.

El Sindicato CCOO expone que el motivo debe fracasar porque las dificultades de aplicación del RDL 10/2020 que se aducen ni tan siquiera servirían para eludir la aplicación del art. 15.6 del ET. A tal efecto, refiere que en ningún momento anterior a la liquidación que efectuó, intento reunirse con los representantes legales de los trabajadores para negociar, incluso inmediatamente después de finalizar el estado de alarma, ni la demandada explica la razón por la que al personal fijo no les ha exigido la recuperación de esos **permisos**, no sirviendo a tal efecto la naturaleza temporal del contrato que, precisamente, es lo que va contra el principio de igualdad que se produce desde el momento en el que a los temporales se les ha descontado en sus liquidaciones los días de **permiso** que no han podido recuperar y a los fijos no solo no los han recuperado sino que tampoco



se les ha aplicado descuento alguno. Trato desigual que no puede ignorarse porque la recuperación sea un derecho empresarial, cuando no está objetivamente justificado el trato dado por la empresa a unos y otros.

El Ministerio Fiscal informa que este motivo debe ser estimado porque advierte que el aserto de la sentencia es voluntarista al adjudicar a la empresa una intención discriminatoria en relación con los trabajadores temporales que no se desprende del relato fáctico sino que, por el contrario, lo que se advierte es que la empresa dio cumplimiento a los arts. 2 y 3 del RDL 10/2020, en tanto que la recuperación de los días de **permiso** podía hacerse efectiva a partir del 21 de junio de 2020 - fecha de finalización del estado de alarma- y hasta el 31 de diciembre, siendo que hubo contratos temporales que se extinguieron antes del citado día 21 de junio y la mayor parte en el mes de septiembre. Esto es, el periodo de consultas no tenía por qué iniciarse antes del 21 de junio. A su juicio, hay una conducta obstativa de la representación de los trabajadores quienes niegan que estén bajo el RD 10/2020 y, no obstante, disfrutaron de los **permisos** que esa norma estableció como si su concesión hubiera sido por la libre y prodiga iniciativa empresarial. Concluye diciendo que lo pretendido en la demanda no es mas que un principio de igualdad en la ilegalidad en tanto que el RDL 10/2020 impone la recuperación de dichos días y lo que se pretende es que se incumpla esa norma porque se ha incumplido para otro colectivo.

A la hora de resolver este motivo debemos tomar en consideración lo que se indica en el relato fáctico. Así, se declara probado que la empresa demandada aplicó a la mayoría de su plantilla en Asturias el **permiso retribuido recuperable** previsto en el Real Decreto Ley 10/2020; prorrogando tal **permiso** a algunos trabajadores hasta los días 10 y 11 de abril. Se dice, igualmente, que los trabajadores temporales que, a partir del mes de abril, vieron concluidos sus contratos la empresa les descontaron en sus liquidaciones los días de **permiso retribuido**. Además, cuando la mayor parte de los trabajadores temporales ya había cesado, en septiembre de 2020, la empresa inicia un periodo de consultas con los Comités de empresa de los centros de Arcelor Mitral en dos localidades, para la recuperación de los días de **permiso** retribuidos que finalizó sin acuerdo a finales de noviembre y principios de diciembre. Las posiciones de las partes eran enfrentadas al negar la representación de los trabajadores que los **permisos** estuvieran bajo la cobertura del RDL y, por tanto, que tuvieran que ser recuperados. A primeros de diciembre (días 3 y 14) la empresa comunicó a los Comités de Empresa de aquellos centros su decisión de proceder a la aplicación de la medida de recuperación íntegra de los periodos considerados como **permisos** retribuidos, acompañando Anexos en los que se relacionaban los trabajadores afectados por la medida. No obstante, a fecha 31 de diciembre ninguno de los trabajadores fijos recuperó los días de **permiso**.

La sentencia recurrida no considera que la empresa haya justificado el distinto tratamiento dado a los temporales con base en: 1. La empresa decidió unilateralmente descontar a los trabajadores temporales el importe de los **permisos** retribuidos no recuperados, lo que entiende contrario al art. 3.2 del RDL; 2. El periodo de consultas lo inició cuando la mayor parte de los temporales ya estaban fuera de la empresa, además de demorarlo más allá de los 7 días del art. 3.2 del RDL; 3. Recuerda que el RDL no deja en manos de los representantes legales de los trabajadores ni exige acuerdo en orden a la recuperación de los días de **permiso** sino que, previa negociación en un periodo de consultas, es facultad que se otorga a la empresa para que la haga efectiva dentro de un espacio temporal; 4. En definitiva, considera que la empresa pudo hacer efectiva la recuperación mucho antes del comienzo de aquellas negociaciones.

CUARTO. - No se cuestiona en el procedimiento, como bien refiere la sentencia de instancia, la realidad de la diferencia de trato que se ha dado a los trabajadores temporales respecto de los trabajadores fijos, cuando el **permiso retribuido recuperable** afecta a ambos colectivos. Lo único que ahora debemos examinar es si la decisión judicial recurrida es conforme a derecho, cuando considera que la empresa, sin justificar de modo suficiente la razonabilidad de su decisión, ha incurrido en un trato discriminatorio.

Sobre la carga de la prueba que incumbe al empresario, tras ser constatados unos indicios claros de que se ha incurrido en un diferente tratamiento entre los trabajadores, el TC tiene una consolidada doctrina, recordada en la sentencia impugnada, en la que viene diciendo que se deben entender destruir los indicios o conductas que se presenta como discriminatorias cuando existan causas suficientes, reales y serian que permitan calificar la decisión empresarial de razonable y ajena a cualquier sospecha de discriminación.

Tan solo exponer lo que dicho Tribunal ha venido señalando en la cuestión relativa a las diferencias de tratamiento entre trabajadores fijos y trabajadores temporales. En líneas generales, viene manteniendo, como dice la STC 104/2004, que "si bien la duración del contrato no es un factor desdeñable a la hora de establecer ciertas diferencias en aquellas situaciones, las diferencias han de tener su origen en datos objetivos relacionados con la prestación de trabajo o el régimen jurídico del contrato que las expliquen razonablemente, pero no alcanzan al distinto tratamiento que, en perjuicio de los trabajadores temporales, se dispensa sin apoyo en datos objetivos y con merma de su posición misma como trabajadores de la empresa, como ocurría en el caso de la exclusión del ámbito personal de aplicación del convenio colectivo, incrementando las dificultades



de un conjunto de sujetos sin poder negociador propio (STC 136/1987) o en las diferencias retributivas ajenas al contenido y condiciones de la prestación de trabajo que realizaban estos trabajadores en relación a los fijos (STC 177/1993).

Así, toda diferencia de tratamiento debe estar justificada por razones objetivas, sin que resulte compatible con el art. 14 CE un tratamiento, ya sea general o específico en relación con ámbitos concretos de las condiciones de trabajo, que configure a los trabajadores temporales como colectivo en una posición de segundo orden en relación con los trabajadores con contratos de duración indefinida, a los que a veces se singulariza calificándolos como "trabajadores fijos" o "trabajadores de plantilla", en denominaciones tan imprecisas técnicamente como potencialmente discriminatorias si con ellas se quiere identificar una especie de estatuto de "trabajador pleno" de la empresa, por oposición a un estatuto más limitado o incompleto de trabajador temporal. Es claro que tanto unos como otros gozan de la fijeza que se deriva de las estipulaciones de su contrato de trabajo respecto de su duración y de las disposiciones legales que regulan sus causas de extinción, y que tanto unos como otros pertenecen durante la vigencia de su contrato a la plantilla de la empresa para la que prestan sus servicios, sin que resulte admisible ninguna diferencia de tratamiento que no esté justificada por razones objetivas.

En dicha sentencia se recuerda el contenido de la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio de 1999, sobre el trabajo de duración determinada, cuyo objeto, precisamente, es el establecimiento de "un marco general para garantizar la igualdad de trato a los trabajadores con un contrato de duración determinada, protegiéndolos contra la discriminación" para cuyo logro, recuerda, "establece, entre otras cuestiones, que "por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con contratos de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas" (cláusula 4.1), así como que "los criterios de antigüedad relativos a determinadas condiciones de trabajo serán los mismos para los trabajadores con contratos de duración determinada que para los trabajadores fijos, salvo que criterios de antigüedad diferentes vengan justificados por razones objetivas", lo que ya se trasladó al art. 15.6 del ET, en la reforma de 2001.

QUINTO. - El marco normativo en el que se analiza la existencia de discriminación se identifica con el RDL 10/2020, del que la sentencia recurrida obtiene, junto con la conducta de la empresa, la concurrencia de la vulneración del art. 14 de la CE, por lo que entendemos oportuno recordar lo que se dispone en aquella norma vigente al momento de acontecere los hechos enjuiciados.

El RDL 10/2020, de 29 de marzo, por el que se regulaba un **permiso retribuido recuperable** para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVI, sobre el que la sentencia recurrida ha valorado lo denunciado en la demanda, impuso la obligación de disfrutar el **permiso retribuido recuperable** para todo el personal laboral por cuenta ajena que preste servicios en empresas o entidades del sector público o privado que desarrollan las actividades no esenciales calificadas como tal en su anexo.

El RDL diseña el **permiso retribuido recuperable** imponiendo el tiempo que debe comprender -del 30 de marzo al 9 de abril-, así como la recuperación de las horas no trabajadas durante el mismo. Esta última previsión -recuperación de horas- la configura marcando: por un lado, el tiempo en que debe hacerse efectivo el cumplimiento de esas horas -a partir del día siguiente a la finalización del estado de alarma-; por otro, que debe ser negociada en un periodo de consultas breve -máximo de siete días-; además, indica el alcance del acuerdo que pueda adoptarse -regular la recuperación total o parcial de las horas de trabajo afectadas por el **permiso**, preaviso al trabajador sobre cuándo deberá recuperarlas y el periodo de referencia-; y, por último, en caso de desacuerdo, el plazo de que dispone el empresario para notificar su decisión.

En el marco legislativo que se generó durante la pandemia, no hay que ignorar que el estado de alarma se prorrogó hasta en seis ocasiones: 1. RD 463/2020, de 14 de marzo, lo fijo por un periodo de quince días; el RD 476/2020, de 27 de marzo, lo prorrogó hasta el 12 de abril; el RD 487/2020, de 10 de abril, se prorrogó hasta el 26 de abril; el RD 492/2020, de 24 de abril, lo hizo hasta el 10 de mayo de 2020, el RD 514/2020, de 8 de mayo, lo mantuvo hasta el 24 de mayo de 2020; el RD 537/2020, de 22 de mayo, lo extendió hasta el día 7 de junio de 2020; y, finalmente, el RD 555/2020, de 5 de junio, lo prorrogó hasta el día 21 de junio de 2020.

Pues bien, en atención a la norma y a las vicisitudes sobre el tiempo de estado de alarma, ha de partirse de que el periodo de consultas que, a los efectos de la recuperación, se indicaba en el RDL podía abrirse en el mismo mes de abril. Esto es, de aquella regulación no se obtiene que el periodo de consultas tuviera que iniciarse en el día siguiente a la fecha en que, final y definitivamente, concluyera el estado de alarma. Este momento - el fin del estado de alarma - lo identifica la norma con el día a partir del cual puede iniciarse la recuperación. Por tanto, la posible apertura del periodo de consultas para negociar la recuperación de los días de **permiso retribuido**



comprendidos entre el 30 de marzo y el 9 de abril, dado que se podía hacer efectiva al finalizar el estado de alarma de 2020, pudo iniciarse, al menos, a partir del día 10 de abril a la vista de que el estado de alarma entonces vigente lo era hasta el 26 de abril, lo que en ese momento permitía cubrir los 14 días que para ello señalaba el RDL (7 para superar una negociación o, en otro caso, 7 para notificar la decisión empresarial). Tras lo cual, y cuando llegara el fin del estado de alarma, se podía comenzar la recuperación. Y lo mismo sucedía en relación con el resto de prórrogas.

Es cierto que esa posible negociación en aquellos momentos podría entenderse que no tenía una realidad efectiva dado que las posteriores prórrogas hacían retroceder el día inicial de la recuperación de las horas, pero lo que sí hubiera permitido, al menos, es la negociación que la norma exige y fijar las premisas a las que se refiere el RDL, como qué horas se van a recuperar, el preaviso para que el trabajador conozca la prestación del trabajo resultante, y, en su caso, adoptar las medidas oportunas a la vista de la situación normativa que respecto del estado de alarma y sus prórrogas se estaba produciendo, y, en ella, negociar la incidencia en los contratos temporales, e incluso los fijos, que podrían llegar a su término, al margen de que, si no se hubiera alcanzado acuerdo y ante el fracaso del periodo de consultas, el empresario pudiera actuar en la forma que estimara oportuna, sin perjuicio de que pudiera controlarse judicialmente lo que al respecto pudiera adoptar.

SEXTO.- Entrando a resolver el motivo, podemos adelantar que las consideraciones dadas por la sentencia recurrida al negar que se haya aportado una justificación objetiva y razonable para apoyar el distinto trato no han perdido tal virtualidad con las alegaciones que se dan en el escrito de interposición del recurso. Y ello bajo la premisa de que, sea o no aplicable a la empresa demandada el citado RDL, debemos partir de que ella impuso a su plantilla el **permiso retribuido recuperable** que los trabajadores disfrutaron durante el periodo para el que aquella norma lo implantó, incluso se dice que fue prorrogado en dos días. Esto es, ni empresa ni trabajadores pusieron entonces en cuestión que estaban disfrutando esos singulares **permisos**, en esas fechas, conservando el derecho a la retribución que les hubiera correspondido de estar trabajando ordinariamente, pero con la previsión de su recuperación dentro del tiempo que también especificaba la norma.

La sentencia recurrida ofrece una serie de razones que para la parte recurrente no justifican el trato discriminatorio que se ha apreciado por lo que pasamos a su examen, partiendo de lo que se dice en contrario en el motivo.

Lo primero que refiere la sentencia recurrida es que la empresa no ha negociado en momento alguno la recuperación del **permiso** de los trabajadores temporales, plasmado de forma unilateral en sus liquidaciones el importe de los días no recuperados. Para, en un apartado posterior, recordar que la consulta solo se inició en septiembre de 2020 prolongándose más allá del tiempo que marcaba la norma.

En efecto, y aunque esa dejación se puede tratar como un incumplimiento en materia de legislación ordinaria, en lo que ahora estamos analizando, que es el trato dado a los trabajadores temporales al repercutirles en sus liquidaciones la recuperación de días cuando tal trato no ha sido el dado a los trabajadores fijos, esa conducta debe ser valorada desde la perspectiva constitucional que se denuncia y, en definitiva, determinar si pudo actuar de otra forma o si se vio abocada a hacerlo como lo hizo hacia ese colectivo para con ello justificar el distinto trato dado.

Pues bien, la empresa comenzó a negociar la recuperación del **permiso** cuando la mayor parte de los contratos temporales se habían extinguido siendo la realidad que dicha negociación pudo abrirse mucho antes e intentar alcanzar un acuerdo con la representación de los trabajadores sobre ese colectivo y no actuar de forma unilateral, sin previamente agotar la vía que establecía la norma que regulaba el **permiso**, cuando podía realizarlo, como hemos recogido anteriormente, aunque solo fuera para poner de manifiesto su buena fe a la hora de dar la mejor respuesta a una situación que afectaba, en mayor medida, a los temporales y que, además, también podía alcanzar al personal fijo, incluso a extinciones de contrato de éstos últimos, sirviendo la negociación para plantearse esa misma disyuntiva en orden a cómo actuar y decidir sobre la recuperación de **permisos** de quienes pudieran ver extinguida su relación de trabajo.

El hecho de que el empresario, en caso de no existir acuerdo, pueda adoptar la decisión sobre la recuperación de los días de **permiso** no excluye el que deba acudir previamente a la negociación. En todo caso, desde el planteamiento que se ha traído al procedimiento, su decisión también puede ser contraria a los derechos fundamentales porque no hay que olvidar que, según doctrina constitucional, como ya indicaba la STC 90/1997, de 6 de mayo, "también las facultades organizativas empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador. Los poderes empresariales se encuentran limitados en su ejercicio no sólo por las normas legales o convencionales que los regulen sino también por los derechos fundamentales del trabajador, constituyendo un resultado prohibido el de una utilización de aquéllos lesiva de éstos. Tan elemental premisa no se exceptúa en los supuestos en que el empresario no está sujeto por la norma a causas o



procedimientos en su actuación, antes, al contrario, opera si cabe con más intensidad en tales casos por cuanto en ellos el empleador puede, virtualmente, ocultar con más facilidad las verdaderas razones de sus decisiones”.

En el presente caso, como advierte la sentencia de instancia, el periodo de consultas no se inició hasta el mes de septiembre, y no hay hecho alguno que ponga de manifiesto los obstáculos que pudiera tener la demandada para abrirlo antes de ese momento e incluso para negociar la recuperación de los días que pudieran afectar a los trabajadores que podían ir extinguiendo sus contratos de trabajo. Como tampoco se justifica razonablemente la demora en la conclusión del que se inició en septiembre cuando la norma fijaba un máximo de siete días, a partir de los cuales la empresa podía decidir lo oportuno y aprovechar los días de octubre y los meses de noviembre a diciembre para hacer efectiva la recuperación y no esperar hasta el mes de diciembre, cuando resulta que el tiempo que marcaba la norma para poder llevar a cabo esa recuperación concluía el 31 de ese mes último. Esto es, y con un argumento totalmente razonable como el que realiza la sentencia recurrida, a los efectos del trato discriminatorio, no sirve de justificación el haberse abierto un periodo de consultas cuando se hace en un tiempo en el que, además, la mayor parte de los empleados temporales ya habían abandonado la empresa, con la repercusión en sus liquidaciones de la recuperación de los días, siendo que el estado de alarma había concluido meses antes. Y menos cuando, el periodo de consultas no sirvió más que para que, finalmente, la empresa no adoptase medida alguna real y efectiva, en orden a la recuperación de esos días respecto de los trabajadores fijos.

Lo que sí se constata es que los trabajadores fijos no solo no han recuperado los referidos días de **permiso retribuido** sino que tampoco hay hecho probado alguno que indique la razón por la que el comunicado de la empresa, tras el periodo de consultas, en el que exponía su decisión de activar la recuperación no fue llevada a cabo, librándose el personal fijo de ello. Como tampoco hay constancia alguna en los hechos de que algún trabajador fijo hubiera extinguido el contrato durante el estado de alarma con igual efecto de descuento de los días de **permiso**, en caso de que no hubiera sido posible su recuperación o de que ésta se hubiera producido.

El que la norma no indicara nada respecto de qué hacer en aquellos supuestos en que no pudieran recuperarse los días de **permiso** no obsta para que la empresa actué por igual frente a todos los trabajadores, abriendo el periodo de consultas para, en caso de desacuerdo, adoptar la decisión que estime oportuna ya sea activando la recuperación de los días o, por las circunstancias que crea oportunas, reducir el número de horas o no hacer efectiva la facultad que ostentaba. En este caso, a los contratos temporales les privó de la vía negociadora y, además, adoptó una medida muy distinta a la aplicada a los trabajadores fijos.

SEXTO.- Se dice en el recurso que los trabajadores temporales que concluyeron su contrato en junio de 2020 no podían recuperar los días de **permisos** dada la dimensión de la empresa, siendo un momento de vacaciones estivales y la propia situación extraordinaria que dificultaba la reorganización inmediatas de los servicios. Pero estas afirmaciones carecen de un soporte fáctico que pudiera poner de manifiesto esos u otros obstáculos que le impidieran tan siquiera negociar la recuperación de los días de **permiso** y, con ello, poner de manifiesto una voluntad de dar igual trato a todos los trabajadores y no actuar solo frente a los temporales.

Tampoco se puede focalizar la justificación de la actuación de la empresa en la posición que pudieran haber adoptado los representantes legales de los trabajadores porque el periodo de consultas fue abierto cuando la mayor parte de los contratos temporales ya habían sido extinguidos con el descuento de los días de **permiso**. Esto es, la conducta de la empresa ya se manifestó con anterioridad a conocer la posición de aquellos representantes. Es más, por mucho que tuvieran un conducta contraria, la conclusión del periodo de consultas pudo llevarse a cabo con suficiente antelación para que la empresa pudiera haber hecho efectiva la recuperación de los días de **permiso** para el personal fijo, lo que no hizo, sin que sirva como justificación para ello lo que dice el recurso, cuando indica que de haber adoptado la decisión se hubiera generado una paralización de la producción de la empresa, incluso la huelga, ya que eso es una pura alegación que no tiene base fáctica. Al contrario, lo que se advierte con esa manifestación es que la empresa prefirió no activar la recuperación para los trabajadores que seguían prestando servicios en la empresa, pero sí para quienes tenían que salir de ella.

No se trata de calificar el descuento como procedente o no sino de establecer si la empresa ha incurrido en un trato discriminatorio que aquí se ha dejado constatado sin aportar razones objetivas para ello. Tampoco se trata de atender a la imposibilidad de recuperación de los días de descanso por los trabajadores temporales ya que no hay un solo dato que evidencie esa alegación.

Finalmente, tampoco compartimos lo que se reseña en el informe del Ministerio Fiscal en orden a que lo pedido en la demanda no es más que un principio de igualdad en la ilegalidad en tanto que el RDL 10/2020 impone la recuperación de dichos días y lo que se pretende es que se incumpla esa norma porque se ha incumplido para otro colectivo. Ello no es así porque el RDL dispone que los días de **permiso retribuido** son **recuperables** pero, junto a ello y es importante, también señala que la recuperación debe ser negociada con los trabajadores y en



esa negociación de buena fe, se " podrá regular la recuperación de todas o de parte de las horas de trabajo durante el **permiso** regulado en este artículo, el preaviso mínimo con que la persona trabajadora debe conocer el día y la hora de la prestación de trabajo resultante, así como el periodo de referencia para la recuperación del tiempo de trabajo no desarrollado". Esto es, en el marco de la negociación las partes pueden acordar lo que estimen conveniente, incluso reducir el número de horas de trabajo. El RDL sigue diciendo que, en caso de no existir acuerdo, la empresa notificara su decisión al respecto, pudiendo ser ésta de muy variado contenido en relación con esa recuperación. Pues bien, aquí lo que se está denunciando es el trato diferente que ha dado la empresa a los trabajadores, y, a partir de aquí, la falta de justificación objetiva y razonable sobre esa decisión. El que la empresa no haya querido que se recuperen los días de **permiso retribuido** para el personal fijo no puede calificarse de un acto ilegal como no podría serlo si ello es producto de un acuerdo adoptado durante el periodo de consultas.

SÉPTIMO. - Por lo expuesto, oído el Ministerio Fiscal, procede confirmar la sentencia recurrida, sin imposición de costas a la recurrente, a tenor del art. 235 de la LRJS.

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 la letrada D^a Sara Blanco Menéndez, en nombre y representación de la empresa DAORJE S.L.U., contra la sentencia de 27 de julio de 2021, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en el procedimiento núm. 24/2021, seguido a instancia de los sindicatos CCOO de Asturias y UGT de Asturias frente a la empresa DAORJE S.L.U., sobre conflicto colectivo.
- 2.- Confirmar la sentencia recurrida y declarar su firmeza.
- 3.- Sin imposición de costas

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

Así se acuerda y firma.