

A LA SALA DE LO SOCIAL DE LA AUDIENCIA NACIONAL
PARA ANTE LA SALA DE LO SOCIAL DEL
TRIBUNAL SUPREMO

Dña. Ángeles Morcillo Garmendia, Letrada en ejercicio del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, letrada con DNI 28745028L, actuando en nombre y representación, conforme al poder notarial conferido, de la Federación de Sindicatos de Banca, Bolsa, Ahorro, Entidades de Crédito, Seguros y Oficinas y Despachos de la Confederación General del Trabajo, con domicilio a efectos de notificación en Calle Ayala, nº 83 – 1ª planta letra D, 28006 MADRID, ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo respetuosamente comparece y como mejor proceda en Derecho,

DIGO:

Que el día 27 de febrero de 2014 le ha sido notificada la Diligencia de Ordenación de esta Sala de fecha 24 de febrero de 2014, por la que se da traslado de los autos al Letrado que suscribe para formalizar el recurso de casación anunciado, por lo que dentro del plazo de 15 días que le confiere el artículo 209 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social viene a formalizar el **RECURSO DE CASACIÓN**, al amparo de los artículos 205 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Social, teniendo su fundamento en los siguientes antecedentes de hecho y motivos de casación:

-|-

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos, en fecha 9 de septiembre de 2013 se presentó demanda por la representación letrada la Federación de Sindicatos de Banca, Bolsa, Ahorro, Entidades de Crédito, Seguros y Oficinas y Despachos de la Confederación General del Trabajo (CGT), en materia de Conflicto Colectivo, dando lugar procedimiento 391/2013.

SEGUNDO.- Seguidos los autos por sus trámites, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional dictó Sentencia (Nº 4/2014), de fecha 16 de enero de 2014, por la que se desestimó la demanda, absolviendo a la empresa BANKIA S.A. y a los sindicatos CCOO, UGT, ACCAM, CSICA y SATE.

TERCERO.- Notificada dicha Sentencia, CGT-FESIBAC preparó contra la misma, en tiempo y forma, el pertinente recurso de casación, mediante escrito de fecha 22 de enero de 2014, firmado por la Letrada que suscribe.

La Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional se impugna con fundamento en los siguientes:

-II-

MOTIVOS DEL RECURSO

I.- MOTIVO PRIMERO: Con fundamento en el apartado c) del artículo 207 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, por haber producido indefensión, por lo que se solicita la nulidad de actuaciones.

Como principal motivo de nulidad e indefensión creada a esta parte tenemos que indicar que en el presente procedimiento no se ha tenido en cuenta toda la prueba aportada por esta parte, generándose una más que evidente indefensión, así como una total transgresión de la tutela judicial efectiva y seguridad jurídica (arts. 9.3 y 24 CE) además de los principios y requisitos formales que debe contener una sentencia en base a lo previsto en el art. 97.2 LRJS.

Todo ello lo es en base a que esta parte presentó prueba por anticipado (descripción 125 y 126) en la que se aportaban 111 documentos mediante un CD, de esta manera se defendieron los intereses de la demanda, en la creencia de que dichos documentos habían sido aportados al procedimiento sin ningún tipo de problema, dándose tanto traslado a la Sala como a la parte contraria, cuando en realidad no se ha podido examinar por el Magistrado ponente ni por la dirección letrada de la demandada, así como tampoco han podido probarse los hechos

alegados y basados en los citados documentos por esta parte, siendo imposible que la Sala los haya tenido en cuenta.

De todo ello, esta parte, ha tenido noticia a la puesta a disposición de los Autos para formalizar el presente recurso de Casación, teniendo noticia de la imposibilidad de aportarse tal prueba por problemas técnicos mediante la descripción nº 127 firmado por la Secretaria de la Sala, documento que en ningún momento me ha sido notificado por ningún medio, ni antes de la vista, ni el mismo día del juicio ni con posterioridad, siendo que de no haberse analizado nuevamente toda la documental que consta en los Autos, esta parte hubiera creído aportada toda la prueba que consta en el indicado CD.

Además de lo anterior, en el CD que incorpora los autos 391/13, se encuentran incluidos otros documentos pertenecientes a un procedimiento diferente, el cual se encuentra en el fichero "documentos". Esta parte, en su afán de poder encontrar la prueba aportada y relacionada en el descriptor 126, se propuso analizar todos los documentos del archivo raíz del CD en el que se encuentra la prueba, siendo que de manera sorpresiva se dio con los pertenecientes a otro procedimiento seguido ante la Audiencia Nacional, los referidos a los Autos diferentes a los que en este procedimiento interesa son los pertenecientes a:

- Procedimiento 359/2013, Conflicto Colectivo contra la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social y la Mutua Montañesa MATEPSS Nº 7 y USO.

Todo lo anterior unido a que no se encuentra la prueba anticipada que se relaciona en el descriptor 126, causa una grave indefensión a esta parte, además de evidenciar graves errores a la hora de incorporar los documentos objeto de prueba, al CD de los autos que sirven para la formalización del recurso y su análisis por parte del Tribunal Supremo.

Volviendo a la cuestión que nos ocupa en este punto, en cuanto a que no se han incluido los documentos que esta parte aportó y que creía incluidos en los Autos, identificamos que aquellos incorporaban la siguiente información y prueba:

- Documento nº 79: correo de RRHH en el que consta que no se ha realizado valoración a los trabajadores
- Documento nº 80: Carta de despido con fecha de efectos anterior a la ejecución de bajas voluntarias en su provincia.

- Documento nº 81 a 83: Valoraciones 2008 a 2010 de trabajadores de Bankia.
- Del documento 84 al 176 la vida laboral de Bankia del 5 febrero de 2013 al 12 de noviembre de 2013.
- Del documento 177 al 179.2 aceptaciones de bajas voluntarias y bajas forzosas de Madrid

Así pues, y como se verá en el presente recurso, son prueba que determinan tanto la desestimación de la excepción de inadecuación de procedimiento alegada de contrario, como la prueba y estimación de alegaciones realizadas por esta parte, en tanto en cuanto se determina que:

- No se han realizado las evaluaciones a las que se refiere el Acuerdo (descriptores del 59 al 64) y la demandada
- Se han producido bajas voluntarias con posterioridad a despidos forzosos
- Se han realizado nuevas contrataciones en el período de aplicación del Acuerdo

Por todo lo anterior, esta parte considera que se le ha causado grave indefensión y perjuicio por la transgresión de las normas reguladoras del procedimiento, contraviniéndose el principio de seguridad jurídica y tutela judicial efectiva, de manera que esta parte se ve altamente perjudicada en sus intereses procesales, solicitándose la nulidad de la sentencia aquí combatida devolviéndose los autos a la Audiencia Nacional, ex arts. 238.2º y 240 LOPJ.

Asimismo y de no ser apreciado el presente motivo, solicitamos a la Sala, que tenga hechas las manifestaciones del presente motivo de recurso en todos aquellos otros motivos de Casación en los que por el fondo del asunto sea de aplicación la indefensión creada por la no aportación y valoración de la prueba contenida en los documentos arriba referenciados.

II.- MOTIVO SEGUNDO: Con fundamento en el apartado c) del artículo 207 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, por haber producido indefensión, por lo que se solicita la nulidad de actuaciones.

Respecto de este motivo de Casación, esta parte considera transgredidos los artículos 9.3 y 24 CE, art. 5.2 y art. 153.1 ambos de la LRJS en todo lo referente a la sustanciación de las pretensiones por el procedimiento de conflicto colectivo, así como de la estimación de la excepción de la inadecuación de procedimiento, solicitándose la nulidad de la sentencia como consecuencia de lo establecido en los artículos 238.3º y 240 LOPJ.

Respecto de este motivo de Casación, esta parte considera transgredidos los artículos 5.2 y art. 153.1 ambos de la LRJS en todo lo referente a la sustanciación de las pretensiones por el procedimiento de conflicto colectivo, así como de la estimación de la excepción de la inadecuación de procedimiento.

En aras de mantener un orden lógico en la exposición de cada motivo de casación, y comenzando por este primero, hemos de dirigirnos hacia la principal causa del recurso la cual es la apreciación de la excepción de inadecuación de procedimiento alegada de contrario en el acto de juicio.

Para ello es indispensable aludir a lo previsto en el art. 153.1 LRJS, dado que si el referido precepto contiene los procedimientos que se sustanciarán por la vía del conflicto colectivo, y la Sala ha estimado la excepción de inadecuación de procedimiento, de esta premisa se deduce que no se debió a entrar a analizar el fondo del asunto, por lo que no procedía que así lo hubiera hecho la sentencia, aquí combatida, y es por ello, que todo lo anterior nos lleve a la infracción del art. 5.2 LRJS y por ende al motivo amparado en el art. 207.c) LRJS, en tanto en cuanto, el art. 5.2 LRJS establece que:

“1. Si los órganos jurisdiccionales apreciaren la falta de jurisdicción o de competencia internacional, o se estimaren incompetentes para conocer de la demanda por razón de la materia, del territorio o de la función, dictarán auto declarándolo así y previniendo al demandante ante quién y cómo puede hacer uso de su derecho.

*2. Igual declaración deberán hacer en los mismos supuestos al dictar sentencia, **absteniéndose de entrar en el conocimiento del fondo del asunto.**”*

Así pues y como se puede comprobar del redactado del fundamento de derecho tercero de la sentencia, la Sala entra a valorar el fondo del asunto en tanto en cuanto analiza y da por válido el procedimiento seguido por la entidad, en el cual

indica que de los 4.500 puestos de trabajo que fijaba el Acuerdo de 8 de febrero de 2013 que debían extinguirse, se han producido 3.502 a 31 de diciembre de las cuales un 85,80 % lo han sido mediante bajas voluntarias y un 14,50% mediante designación directa y que por tanto el conflicto no afecta a todo el colectivo, dando por válido el procedimiento realizado hasta la fecha anteriormente indicada, ya que de manera absolutamente irrazonada e irrazonable, sea dicho en términos de defensa, circunscribe el conflicto al 14,50%, siendo que precisamente y como analizaremos posteriormente, los incumplimientos denunciados y probados por esta parte afectan a la totalidad de la plantilla incluida en el Acuerdo de 8 de febrero de 2013 y no solo a los trabajadores despedidos de manera forzosa.

Pero además de lo anterior y en el mismo fundamento de derecho, deja probado y sentenciado el hecho de que por esta parte no se llegó a probar que no se hicieran las valoraciones, por lo que habría que preguntarse, de haber considerado la Sala que se probó tal hecho hubiera rechazado la excepción de inadecuación de procedimiento?, entendemos que no, dado que su acogimiento lo es, según el razonamiento de la sentencia, por otros motivos, es por lo que esta parte entiende que no tiene cabida el que por parte de la Sala se entre a valorar si hubo o no valoraciones a los trabajadores o si son o no válidas. Siendo por otro lado difícil de hacer dado que hay documentos que prueban que no se hicieron en la prueba aportada en el CD referenciado en la descripción 126 que no se aportaron a los Autos.

Por otro lado también se entra a analizar el Acuerdo de 8 de febrero, cuando se indica que "(...) en el Acuerdo de 8-02-2013 se contienen compromisos genéricos de flexibilidad interna, como la movilidad geográfica o funcional, pero no se pactó concretamente el modo en el que se ejecutarían dichas medidas, lo que haría irrelevante el número de trabajadores, que se sometieron a las mismas con anterioridad a los despidos forzosos, que tampoco se probó por CGT"

En este caso la Sala por una parte, obvia el proceso en su conjunto, pero sin embargo entra a valorar el Acuerdo y a dar por válido parcialmente las actuaciones realizadas por la Entidad, indicando que no se pactó el modo en el que se deberían implementar dichas medidas de flexibilidad interna.

Como hemos expresado la Sala yerra en la apreciación e interpretación del acuerdo en su conjunto, ya que sí se pactó el modo y sobre todo los tiempos en los que debían realizar, tanto las aprobaciones de las solicitudes de bajas

indemnizadas como las medidas de flexibilidad interna. Precisamente este es el núcleo de la demanda, el modo en el que Bankia ha aplicado el acuerdo y no otro.

Así pues el acuerdo (descriptores del 59 al 64) establece en:

Primero en su apartado B del Capítulo II, titulado designación directa por parte de la empresa en su apartado segundo, que:

“(...) una vez deducidos de los puestos de trabajo que la Empresa decide amortizar como consecuencia del procedimiento de adhesión y descontadas aquellas personas que se vean afectadas por procesos de movilidad geográfica y cambio de puesto de trabajo para cubrir las necesidades originadas por las adhesiones iniciadas por los empleados (...) la Empresa designará a las personas afectadas por el despido colectivo dentro del ámbito correspondiente (...)”

Y segundo en el Anexo III del acuerdo (descriptor 64) en su apartado D, segundo punto, se indica que una vez deducidos de los puestos de trabajo que la Empresa decide amortizar:

“(...) las bajas producidas por la aceptación empresarial de las propuestas de adhesión totales en esa provincia y descontando aquellas personas que se vean afectadas por procesos de movilidad geográfica y cambio de puesto de trabajo, la empresa designará a las personas afectadas por salida forzosa”.

Por lo tanto, sí, se pactó el modo en el que se ejecutarían las medidas, así y volviendo al motivo del recurso, la sentencia de una manera sutil se pronuncia sobre el fondo del asunto, entendiendo que la Entidad ha aplicado correctamente el acuerdo.

Pero además de lo indicado en el fundamento de derecho tercero, la Sala, en el fundamento de derecho cuarto, comete un error, en cuanto a la ampliación de hechos realizada por esta parte, mediante la cual y a modo de ilustrar aún más los incumplimientos, se aporta el caso de las externalizaciones realizadas, en tanto en cuanto a los trabajadores afectados (e incluidos en el acuerdo de 8 de febrero) se les excluye de la posibilidad de solicitar la adhesión a las bajas indemnizadas previstas, sin que esa ampliación de hechos modificara el suplico de la demanda, tal y como se reconoció de contrario (minuto 10:24 video 1).

En referencia a estos hechos, la Sala entiende que se denuncia la denegación de bajas indemnizadas respecto de los trabajadores afectados por las externalizaciones, pero nada más lejos de la pretensión perseguida por esta

parte, dado que la ampliación como hemos indicado se realizó para demostrar un incumplimiento más realizado por Bankia, pero en ningún caso se solicita que la sentencia se pronuncie sobre si en dichas externalizaciones, y en concreto en su procedimiento para que pudieran acceder a adherirse a las bajas incentivadas constituyen o no una vulneración del derecho a la igualdad o de no discriminación, observándose todo ello, en el simple hecho de que no se pide en el suplico de la demanda.

Así y debiendo haberse tenido dicha ampliación como un hecho más del incumplimiento del acuerdo, no se debió enmarcar, en el segundo punto del suplico, sino en el que se solicita que se declare el incumplimiento del acuerdo y que por tanto se interprete el mismo.

Sin embargo, la Sala entra a conocer del fondo del asunto de manera errónea en un fundamento diferenciado, debiendo haberse incluido en el fundamento tercero y por lo tanto, si la Sala apreció que existió inadecuación de procedimiento para unos incumplimientos lo debió haber para todos.

Pero como analizaremos posteriormente, no incluye en los incumplimientos a dichas externalizaciones, que computan para reducir el número de los 4.500 despidos, como así se reconoció de contrario, afectando por lo tanto a la totalidad de trabajadores incluidos en el acuerdo de 8 de febrero y por dicha razón, la excepción de inadecuación de procedimiento, no se hubiera aceptado.

Además de lo anteriormente indicado, el fundamento de derecho quinto, realiza un examen de cómo se producen las bajas indemnizadas y en qué momento la empresa puede efectuarlas, siendo que este punto es también objeto directo del primer punto del suplico de la demanda, es decir del incumplimiento, sin embargo, entra a valorar e interpretar que el indicado acuerdo, afirmando que la Entidad se reserva la fecha de ejecución de las salidas a consecuencia de la aceptación de las bajas indemnizadas, extremo que en ningún momento contempla el acuerdo.

Así pues, tenemos que decir al respecto, que esta parte no cuestiona que Bankia tuviera la potestad de decidir a quién concedía o no la baja indemnizada, si no el procedimiento seguido por aquella y por lo tanto que se ha producido un incumplimiento, siendo totalmente erróneo que el acuerdo indique que la empresa se reservara el momento en el que podía ejecutar las salidas provenientes de la aceptación de las bajas aceptadas.

Por lo tanto, en este fundamento también se entra a valorar el fondo respecto del primer punto del suplico de la demanda, cual es el incumplimiento del acuerdo de 8 de febrero, en tanto en cuanto en él se prevé que los despidos se producirán una vez deducidas las bajas voluntarias y la movilidad geográfica y funcional, siendo además que es la misma empresa la que determina los plazos y períodos en los que se reestructurarán los diferentes departamentos, áreas, negocios, unidades funcionales etc..(descriptor 37) hecho alegado por esta parte en cuanto al incumplimiento del acuerdo, tanto en la prueba aportada (hacemos aquí referencia a los documentos del descriptor 126) como en el acto de juicio.

Así pues, hemos visto como en diferentes partes de la sentencia, se entra a valorar directamente la cuestión litigiosa en referencia al incumplimiento del acuerdo, y habiendo acogido la excepción de inadecuación de procedimiento, la sentencia no debió analizar ningún aspecto del acuerdo o alegación realizada por esta parte, tal y como prevé el art. 5.2 LRJS.

Por todo lo anterior, esta parte considera que se le ha causado grave indefensión y perjuicio por la transgresión de las normas reguladoras del procedimiento, contraviniéndose el principio de seguridad jurídica y tutela judicial efectiva, por cuanto deja enjuiciados aspectos de fondo sobre los que no se debió pronunciar al haber acogido la excepción de inadecuación de procedimiento alegada de contrario, de manera que esta parte se ve altamente perjudicada en sus intereses procesales.

III.- MOTIVO TERCERO: Con fundamento en el apartado c) del artículo 207 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, por haber producido indefensión, por lo que se solicita la nulidad de actuaciones.

Respecto de este motivo de Casación, y de manera subsidiaria al anterior, esta parte considera transgredidos los artículos 24 CE, 97.2 de la LRJS y los arts. 209.3 y 4 y 218.1 y 2 LEC, en base a la incongruencia extra petitum o subsidiariamente incongruencia por error en la sentencia, solicitándose la nulidad de la sentencia como consecuencia de lo establecido en los artículos 238.3º y 240 LOPJ.

Como hemos apuntado anteriormente, esta parte realizó una ampliación de hechos posteriores a la demanda que dio origen al procedimiento, en aras de demostrar con mayor detalle, el incumplimiento realizado por Bankia a la hora de aplicar el Acuerdo de 8 de febrero de 2013.

En este orden de cosas, se aportó como hecho nuevo y constituyente de un nuevo incumplimiento del precitado Acuerdo, el procedimiento seguido en las externalizaciones que se realizaron durante el año 2013, en las cuales la entidad, denegó la posibilidad de que los trabajadores afectados pudieran solicitar la adhesión a las bajas indemnizadas, con anterioridad a la efectividad de las subrogaciones.

Como indicamos, este hecho se aportó como incumplimiento, dado que el Acuerdo dice literalmente en su apartado II-A Segundo, en el donde se previó que desde el día 11 de febrero de 2013, la entidad abriría un plazo de 15 días naturales para la generalidad de los empleados para que aquellos que estuvieran interesados formularan su propuesta de adhesión, y seguidamente se firmó que *“complementariamente dentro de cada ámbito provincial o las agrupaciones y/o unidades funcionales de servicios centrales **en que se ordene** la reestructuración y reorganización, **externalización** o venta de unidades productivas de la Entidad, **se abrirá un período de 10 días naturales de duración para que los empleados del correspondiente ámbito, que estén interesados formules su propuesta de adhesión al programa de bajas indemnizadas.**”* y el anexo III apartado D, observa exactamente el mismo plazo como punto obligatorio por parte de la Entidad.

Es evidente que, dado que la mercantil no abrió dicha posibilidad para los afectados por las externalizaciones, el incumplimiento es más que evidente y por ese motivo y no otro fue por lo que esta parte realizó la ampliación de hechos, siendo que el suplico de la demanda no se modificó en ninguno de los puntos, tal y como se reconoció de contrario.(minuto 10:24 video 1).

La Sala, yerra al relacionar esta ampliación de hechos con el punto segundo del suplico de la demanda, sea dicho en términos de defensa.

Dicho segundo punto del suplico reza de la siguiente manera:

“2.- Además y por lo anterior, que se obligue a la Entidad a cesar en los rechazos de las solicitudes recibidas y se proceda a la aprobación de las todas las adhesiones de bajas indemnizadas realizadas hasta la fecha de la presentación de la presente demanda, y las que se encuentren en trámite hasta la precitada fecha, así como las que se puedan producir hasta el día de la sentencia.”

Como se puede apreciar de una simple lectura nada se dice sobre las externalizaciones o sobre vulneración del derecho a la igualdad o no discriminación.

La sentencia en su fundamento de derecho cuarto analiza dicho punto del suplico y no encontrando esta parte relación alguna, lo conecta con la ampliación de hechos respecto de las externalizaciones.

Hay que decir que nada tiene que ver lo solicitado en el suplico con lo alegado por esta parte respecto de la negativa de la entidad a denegar el ACCESO a solicitar la baja voluntaria a los afectados por las externalizaciones.

Lo pedido, lo es en relación al espíritu del Acuerdo, en cuanto a priorizar las salidas no traumáticas y seguir escrupulosamente el procedimiento establecido, dentro del cual se encuentra el derecho, alegado por esta parte, a que se abriera el plazo para SOLICITAR la baja indemnizada de los afectados por las externalizaciones, y no a si la entidad tenía o no la potestad de aprobar o denegar dichas solicitudes YA REALIZADAS por los trabajadores a los que sí, se les dio dicha posibilidad.

Es por lo anterior, que la sentencia incurre en dos incongruencias, la de extra petitum, por pronunciarse sobre el fondo de una cuestión no planteada en el suplico de la demanda, contraviniendo por ello lo establecido en el art. 97.2 LRJS 209.3 y 4 y 218.1 y 2 ambos de la LEC y art. 24 CE.

Así la STS de 14 de noviembre de 2007 en su fundamento de derecho segundo indica que:

“SEGUNDO.- Mediante el primero de los motivos de su escrito de recurso, con amparo procesal en el apartado c) del artículo 205 de la Ley de Procedimiento Laboral, las recurrentes denuncian quebrantamiento de las formas esenciales del

juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, alegando, que la sentencia ha cometido un gravísimo quebrantamiento de las normas de procedimiento, en especial, de lo dispuesto en el artículo 97.2 de la propia Ley procesal laboral, en el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en el artículo 24 de la Constitución Española. Señalan que la sentencia no es congruente, porque ha modificado la pretensión articulada por las demandantes, de forma que ha dejado sin contenido el conflicto colectivo, haciendo desaparecer la cuestión suscitada por las partes.

TERCERO.- Dado que lo que están denunciando los recurrentes, a tenor de estas alegaciones es la denominada incongruencia por exceso o extra petitum, que se produce cuando el órgano judicial concede algo no pedido o se pronuncia sobre una pretensión que no fue oportunamente deducida por los litigantes, e implica un desajuste o inadecuación entre el fallo o la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, conviene hacer referencia a la doctrina constitucional respecto a dicha incongruencia.

*Así, la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 264/2005, de 24 de octubre, en su fundamento jurídico segundo, tras recordar que:".....desde la perspectiva constitucional, este Tribunal ha venido declarando reiteradamente que, para que la incongruencia por exceso adquiera relevancia constitucional y pueda ser constitutiva de una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), se requiere que la desviación o desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes hayan formulado sus pretensiones, por conceder más de lo pedido (ultra petitum) o **algo distinto de lo pedido** (extra petitum), **suponga una modificación sustancial del objeto procesal, con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio**, produciéndose un fallo extraño a las respectivas pretensiones de las partes, **de forma que la decisión judicial se haya pronunciado sobre temas o materias no debatidas oportunamente en el proceso** y respecto de las cuales, por consiguiente, las partes no tuvieron la oportunidad de ejercitar adecuadamente su derecho de defensa, formulando o exponiendo las alegaciones que tuvieran por conveniente en apoyo de sus respectivas posiciones procesales", señala que:*

"En algunas ocasiones, tiene declarado este Tribunal, ambos tipos de incongruencia pueden presentarse unidas, dándose la llamada incongruencia por

error, que es aquella en la que concurren al unísono las dos anteriores clases de incongruencia. En efecto, se trata de supuestos en los que, por error de cualquier género sufrido por el órgano judicial, **no se resuelve sobre la pretensión o pretensiones formuladas por las partes en la demanda** o sobre los motivos del recurso, sino que equivocadamente se razona sobre otra pretensión absolutamente ajena al debate procesal planteado, dejando al mismo tiempo aquélla sin respuesta (por todas, SSTC 15/1999, de 22 de febrero, F. 2; 124/2000, de 16 de mayo, F. 3; 182/2000, de 10 de julio, F. 3; 213/2000, de 18 de septiembre, F. 3; 211/2003, de 1 de diciembre, F. 4; 8/2004, de 9 de febrero, F. 4)".

(...) QUINTO.- Todo lo señalado pone de manifiesto, a juicio de la Sala, que yerra la sentencia recurrida cuando afirma que no se cuestiona por los demandantes la forma y cuantía del reparto por abanico salarial practicado por la empresa, sino su obligación de reparto proporcional del sobrante. En efecto, si bien ciertamente el tenor literal del "suplico" del escrito de demanda puede inducir a equívoco, no sólo de los hechos de la demanda se desprende lo contrario a lo que se afirma, sino también se advierte del probado quinto en relación con el cuarto ambos de la propia sentencia recurrida, que la problemática y el desacuerdo lo constituye el citado abanico salarial, como por otra parte reconoció la empresa demandada en el acto del juicio. Incurre también en error la sentencia recurrida, pese a la equivocidad ya señalada del suplico de la demanda, cuando se refiere al "sobrante" cuya correcta distribución reclaman los demandantes, como si fuera la "reserva" que se ha repartido toda.

El "sobrante" al que se refieren los demandantes y que incluso cuantifican en el hecho séptimo de su escrito de demanda, es el "sobrante" o mejor cantidad resultante de detracer del 0,5% de la masa salarial bruta las cantidades necesarias para cubrir las antigüedades, no cuestionándose la parte correspondiente a las antigüedades ni al complemento del puesto de trabajo, y si se cuestionan las cantidades abonadas por la empresa en concepto de ajuste de abanicos salariales, cuya distribución los demandantes estiman incorrecta por no ajustarse a lo dispuesto en el artículo 33 del Convenio Colectivo.

SEXTO.- Hay que estimar a la vista de todo lo expuesto y en aplicación de la trascrita doctrina constitucional, que **la sentencia recurrida ha incurrido en la denominada incongruencia por error, al no resolver sobre las pretensiones**

contenidas en la demanda, razonando equivocadamente sobre otra pretensión ajena al debate planteado, extraviándose de los términos de la cuestión debatida según ha sido planteada por los litigantes en la demanda y su contestación, con la consiguiente producción de indefensión, proscrita por el artículo 24 de nuestra Constitución.”

Es por lo anterior que la sentencia, incurre en una incongruencia por error y extra petitum, primero, al haber mezclado dos hechos que no guardan ninguna conexión entre sí, como es, lo solicitado en el suplico y el hecho que provoca el incumplimiento del Acuerdo, por la denegación por parte de la empresa a SOLICITAR la baja, por parte de los trabajadores afectados por las externalizaciones, que no a aprobar las solicitudes de baja indemnizadas solicitadas por cualquier empleado.

Y así mismo, incurre en incongruencia extra petitum al pronunciarse sobre una cuestión no planteada por esta parte, siendo que de esta manera ha desvirtuado el objeto del conflicto colectivo, así este hecho debió haberse tratado dentro de los incumplimientos y no relacionado con la solicitud contenida en el punto segundo del suplico de la demanda, que en nada tenía que ver con lo analizado en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia.

Como consecuencia de lo anterior, se produce un pronunciamiento sobre el fondo de un asunto no planteado en el suplico de la demanda, pero que además como analizaremos con posterioridad, el juzgador también yerra en la apreciación de la prueba respecto del procedimiento establecido en el Acuerdo, y a seguir por la entidad así como de la jurisprudencia que analiza y determina que las externalizaciones son una amortización efectiva en la empresa cedente.

Por todo lo aquí expuesto, y al haber resuelto de manera errónea sobre una cuestión no planteada por esta parte y relacionando hechos inconexos con lo solicitado en el suplico de la demanda, esta parte solicita la nulidad de la sentencia aquí combatida devolviéndose los autos a la Audiencia Nacional.

IV.- MOTIVO CUARTO: Con fundamento en el apartado c) del artículo 207 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, por haber producido indefensión, por lo que se solicita la nulidad de actuaciones.

Respecto de este motivo de Casación, esta parte considera transgredidos los artículos 24 CE, 97.2 de la LRJS y los arts. 209.3 y 4 y 218.1 y 2 LEC, en base a la falta de determinación de todos los hechos probados, solicitándose la nulidad de la sentencia como consecuencia de lo establecido en los artículos 238.3º y 240 LOPJ.

Al respecto es evidente la falta de concreción y determinación de todos los hechos probados siendo que del fundamento de derecho segundo se evidencia que faltan los hechos probados duodécimo y décimo tercero.

Los hechos probados que figuran en la sentencia son quince, cuando en el fundamento de derecho indicado es evidente que se obvian los ordinales 12 y 13, aunque de manera errónea se los numera de esa forma, concluyendo en el ordinal décimo tercero.

Así se deja sin fijar en base a qué documentos o pruebas practicadas se deducen los hechos probados 12 y 13, el primero referido a la negativa por la entidad a que los trabajadores afectados por las externalizaciones pudieran acceder a SOLICITAR la baja indemnizada y el segundo en cuanto a la nueva ventana abierta por Bankia respecto de Banca Empresas.

Es evidente que se transgrede lo previsto en el art. 9.3 CE, 97.2 LRJS así como en lo establecido por el art. 218.2 LEC, apartándose de los requisitos formales exigidos para las sentencias, por lo que esta parte solicita la nulidad de la sentencia aquí combatida devolviéndose los autos a la Audiencia Nacional.

V.- MOTIVO QUINTO: Con fundamento en el apartado d) del artículo 207 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, por error en la apreciación de la prueba basado en los documentos que obran en Autos.

Consideramos que la Sentencia de Instancia, además de lo indicado en el motivo anterior, valora sucintamente las pruebas y yerra en la apreciación de las mismas, dicho sea con el máximo respeto y términos de defensa, tanto en la documental aportada por la demandante como por la aportada de contrario. Siendo que además, 111 documentos de la prueba aportada por esta parte no ha sido incluida en los autos y por lo tanto es imposible su apreciación y valoración (descripción 126 y 127).

I.- Comenzando por los antecedentes, tenemos que indicar que en el numerado como quinto, se indica que consta como pacífico que tan solo se hayan contratado a 3 trabajadores desde febrero, cuando esa afirmación no se puede tener como válida, en tanto en cuanto esta parte lo tuvo como disconforme en el acto de juicio (minuto 11:29:50 del video 2).

Además de lo anterior esta parte aportó sobrada prueba en la que se constata que hubo más de 159 nuevas contrataciones, claro está que dicha prueba es la que obra en el CD referenciado en los descriptores 126 y 127 que no quedaron aportados en Autos y que por lo tanto tampoco aparecen en la prueba que se elevará a la Sala 4ª del Tribunal Supremo.

Así y por lo anterior debe modificarse el referido antecedente, eliminando de los hechos pacíficos el que consta en noveno lugar y pasando a integrar los hechos disconformes.

Todo lo anterior se solicita en tanto en cuanto, es incierta dicha afirmación y siendo además, el referido hecho, constitutivo del fraude de ley y abuso de poder con el que actúa la empresa frente a un proceso de despido colectivo.

II.- En cuanto al hecho sexto no queda probado que la empresa realizara evaluaciones a la plantilla en el año 2012, esto es así y se evidencia de la prueba aportada por esta parte en el documento nº 79, documento que también consta en el CD objeto del descriptor 126 y 127, en el que una trabajadora solicita su evaluación en 2013 y una técnico de RR.HH. le comunica que no hay valoraciones desde el año 2010, todo lo cual demuestra que en ningún momento se realizaron dichas entrevistas o valoraciones a los trabajadores.

Pero es más, del descriptor 94 en el listado que aporta (documento nº 48) se extrae la misma consecuencia al ser altamente improbable que tanto directivos de la compañía como delegados sindicales, hayan obtenido una valoración de "0".

O bien el caso expuesto en el descriptor 113 (documento nº 67) sentencia 421 del juzgado de lo social nº 3 de Madrid, en el que una trabajadora que solicitó la baja voluntaria la vio rechazada siendo que unos días más tarde es despedida con una nota de 2,5, no apareciendo su nombre en ningún momento dentro del listado que aporta la demandada como descriptor 33 (documento nº 2.)

Además y como se queda probado en las cartas de despido, que la misma demandada aporta, en ninguna de ellas se comunica la nota con que se les ha evaluado, es más, los mismos trabajadores la conocen en el mismo acto de juicio

individual indicando a su vez que en ningún momento se les ha llamado para realizarles una entrevista de valoración, por lo que el oscurantismo con el que ha actuado la mercantil y por las pruebas que hemos indicado, la entidad no realizó dichas evaluaciones, siendo que la Sala erróneamente lo da como hecho probado.

Es por ello que esta parte solicita su modificación con la siguiente redacción:

“La empresa demandada no realizó el plan de evaluación a todos sus empleados en el año 2012”

Todo lo anterior se solicita en tanto en cuanto, es incierta dicha afirmación y siendo además, el referido hecho, constitutivo del fraude de ley y abuso de poder con el que actúa la empresa frente a un proceso de despido colectivo.

III.- Así también interesamos la modificación del hecho OCTAVO en el que constan como probados en la sentencia que:

“La empresa demandada ha denegado bajas voluntarias mediante distintos tipos de comunicado, que obran en autos y se tienen por reproducidos. Obrán, así mismo, en autos las cartas de despido, remitidas por la empresa a los trabajadores, a los que impuso bajas forzosas, sin que se haya acreditado, que dichos despidos se ejecutaran con anterioridad a la conclusión del proceso de adhesión de bajas voluntarias”

Tanto de la prueba aportada por esta parte, tanto de la que consta en Autos como de la referida en los descriptores 126 y 127 que no fueron incorporadas en Autos, como de la que se sirvió la demandada, se evidencia que ha quedado sobradamente probado que se produjeron despidos con anterioridad a la conclusión del proceso de bajas voluntarias, siendo muchas de ellas efectuadas con posterioridad a los referidos despidos.

Así numerosos son los documentos que evidencia este hecho:

- Los descriptores 93, 111, 112, 113 y 116 (documentos nº 47, 65, 66, 67 y 70) aportados por esta parte, se refieren al despido de trabajadores de la red oficinas de banca particulares de la provincia de Madrid, a los que se les comunica el despido en marzo de 2013, con fecha de efecto del 30 del mismo mes, siendo que se producen bajas voluntarias en igual fecha que su despido e incluso con posterioridad, todo lo cual queda demostrado del

descriptor 94 (documento nº 48) aportado por esta parte, en el cual se evidencia que son más de 150 las bajas voluntarias que se producen con posterioridad a los despidos efectuados en dicha fecha, (no solo el de la actora). Así también se demuestra de los documentos 177.1 a 179.2 aportados en el CD referenciado en los descriptores 126 y 127 que no quedaron aportados en Autos y que por lo tanto no han podido ser objeto de valoración.

- Así también el descriptor 94 (documento nº 48) evidencia que delegados sindicales, pertenecientes a oficinas de banca particulares de la provincia de Madrid, con valoración “0” vieron aprobada su solicitud de baja voluntaria con fecha de 9 de abril, cuando ya se habían producido despidos.
- El descriptor nº 121 (documento nº 75), sentencia 393/13 del juzgado de lo social nº 15 de Madrid, determina el incumplimiento del acuerdo por no observar el protocolo de salidas, en este mismo sentido la sentencia recogida en el descriptor 122 (documento nº 76).
- El descriptor 33 (documento nº 2) aportado de contrario en donde se reflejan las aprobaciones y denegaciones de las solicitudes de bajas indemnizadas, se puede comprobar cómo múltiples de ellas se efectúan con posterioridad a los despidos forzosos, en tanto en cuanto en dicho documento se encuentran incluidas las que se aportan por esta parte en el descriptor 94, todas ellas de la provincia de Madrid. Así como que también se indican, en el descriptor 33, en no pocos casos, bajas voluntarias aceptadas “pendientes de fecha de salida”, “prevista salida en ventana de 27 de diciembre” o “contestación diferida”, con lo que queda patente que se han producido bajas indemnizadas con posterioridad a los despidos forzosos, y no solo en la provincia de Madrid si no en todo el territorio nacional, siendo que las consecuencias de este incumplimiento del Acuerdo incide directamente a todos los trabajadores afectados.

Es por lo anterior que el referido hecho probado octavo debe ser modificado, dado que sí, queda demostrado que se efectuaron bajas voluntarias con posterioridad a los despidos y que en múltiples casos se han diferido sin fecha cierta y en otros casos se remiten a una ventana que se abrirá en diciembre, por lo que es evidente que la afectación del presente conflicto colectivo tiene trascendencia

general en cuanto al número de despidos forzosos realizados, pudiendo haberse evitado muchos de ellos si las bajas voluntarias APROBADAS hubieran sido ejecutadas en el plazo previsto para cada reestructuración.

Así, y siendo decisivo tanto para la desestimación de inadecuación de procedimiento como para el fallo, de la esta parte propone la siguiente redacción al referido hecho probado octavo:

“La empresa demandada ha denegado bajas voluntarias mediante distintos tipos de comunicado, que obran en autos y se tienen por reproducidos. Obran, así mismo, en autos las cartas de despido, remitidas por la empresa a los trabajadores, a los que impuso bajas forzosas, que junto a la prueba aportada por ambas partes, se haya acreditado, que dichos despidos se ejecutaran con anterioridad a la conclusión del proceso de adhesión de bajas voluntarias”

IV.- Interesamos también la adición de un hecho nuevo en relación al hecho probado duodécimo en tanto en cuanto, si bien los trabajadores no son despedidos, mediante la subrogación, dichos puestos de trabajo son amortizados y por lo tanto si se extinguen en la empresa cedente, Bankia.

Así pues y como se ha admitido de contrario los trabajadores que son subrogados lo hacen de manera que son considerados como una unidad productiva autónoma, por lo que en la entidad y desde que se produce la citada subrogación, los servicios que venían prestando ya dejan de realizarse y por tanto sus puestos se amortizan.

Todo ello ha sido interpretado ya por la doctrina del Tribunal Supremo, de modo que las sentencia de 11 de octubre de 2006 y la de 30 de abril de 2012, así lo determinan, indicando que las externalizaciones suponen siempre una amortización de los puestos de trabajo afectados.

STS 11 de octubre de 2006 indica que:

“La indicada exigencia de actualización y acreditación de dificultades, problemas de gestión o pérdidas de eficiencia se mantiene, como ha declarado esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo (STS 30-9-1998, rec. 7586 y STS 21-7-2003, rec. 4454/2002)STS Sala 4ª de 21 julio 2003 El TS desestima el rec. de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el trabajador demandante contra sentencia

recaída en autos sobre despido por causas económicas. Explica la Sala que el art. 52 c) ET no impone al empresario la obligación legal, que sí podrían prever los convenios colectivos, de agotar todas las posibilidades de acomodo del trabajador en la empresa, o de su destino a otro puesto vacante de la misma, estableciendo en cambio otras compensaciones como indemnización por cese, preaviso y licencia de horas para buscar nuevo empleo, concurriendo en el caso enjuiciado la causa justificada de despido objetivo acreditada por la empresa que encaja en el supuesto de causa productiva., **en los supuestos de amortización de puestos de trabajo por subcontratación o exteriorización de actividades productivas o comerciales**".

STS de 30 de abril de 2012:

*"QUINTO.- 1.- La aplicación de la anterior doctrina al caso, evidencia que ha sido la sentencia referencial la que ha aplicado la buena doctrina y no la recurrida, cuyos argumentos no comparte esta Sala. Porque el relato de hechos probados contiene los datos fácticos suficientes que acreditan, que " cuando el actor solicitó el reingreso no existía vacante de su categoría " **al haber sido externalizadas las funciones desempeñadas en el departamento** en que había prestado sus servicios el demandante con anterioridad al inicio de la situación de excedencia voluntaria, incluso con el consentimiento de los trabajadores que habían continuado tras dicha fecha prestando servicios en dicho departamento, **por lo que el puesto de trabajo que desempeñaba el actor no ha sido conservado o reservado para él, sino que fue amortizado** junto con los restantes puestos del referido departamento; (...)"*

Es por lo anterior que no puede mantenerse que los puestos de trabajo de los empleados externalizados no se hayan extinguido en Bankia, sino todo lo contrario, de hecho han sido amortizados.

Así pues, interesamos la modificación del hecho probado duodécimo con la siguiente redacción:

"Los puestos de trabajo, de los empleados de Bankia afectados por las externalizaciones, han sido objeto de amortización en la entidad dado que se han traspasados los servicios que prestaban a otras mercantiles por la vía del art. 44 ET como una unidad productiva autónoma, dejándose por lo tanto de prestar dichos servicios en la mercantil cedente"

Todo lo anterior se solicita en tanto en cuanto, es una afirmación objetiva y doctrina sentada del Tribunal Supremo, constituyendo uno de los hechos relevantes para la defensa de los intereses del presente recurso, afectando al fondo de la sentencia y por ende al fallo de la misma.

V.- Se solicita la modificación del hecho probado décimo cuarto en tanto que, como anteriormente se ha indicado, no es un hecho pacífico y además por esta parte se aportó gran número de prueba en la que se constata que se realizaron más de 150 nuevas contrataciones desde febrero de 2013. Documento nº 84 al 176 que no consta como aportada en Autos, cuando esta parte la aportó con anterioridad a la vista y que como hemos indicado inicialmente no quedó finalmente integrada como prueba por problemas técnicos, sin que esta parte haya tenido noticias de dicho incidente hasta la recogida de los autos para formalizar el presente recurso de Casación.

VI.- También por error en la apreciación en la prueba y a mayor precisión de los mismos, se solicita la modificación del hecho probado SÉPTIMO, en el que se indica:

“Obra en autos el listado de desvinculaciones de la empresa demandada, así como las fechas de desvinculación, que se tienen, así mismo, por reproducidas.- Entre las citadas desvinculaciones se produjeron 35 que afectaban a altos directivos de la empresa.”

Hay que decir al respecto y para mayor precisión que dichos 35 directivos (descriptor 36), se desvincularon de la entidad mediante baja indemnizada y no como despidos, como se pretendió de contrario, todo lo cual se prueba de la información que arroja el descriptor 33, prueba aportada por la demanda, en la cual y como primer nombre aparece el de Carlos Stilianopoulos Ridruejo, con baja aceptada y ejecutada el 1 de marzo de 2013. Así como también son desvinculaciones por baja voluntaria el resto de los altos directivos que aparecen en dicho descriptor 36, y que queda constatado por el descriptor 33.

Pero más llamativo aún es que en el descriptor 94, aparecen:

Carlos Stilianopoulos Ridruejo, Enrique Calonge Hidalgo, Jorge Albajar Barrón, Jose Vicente Giner Ponce y Rufino Balsera Martín, con una nota de evaluación de “0”, todo lo cual indica sobre manera que no se realizaron las pretendidas evaluaciones que se alegan de contrario.

Por lo que se propone la siguiente redacción:

“Obra en autos el listado de desvinculaciones de la empresa demandada, así como las fechas de desvinculación, que se tienen, así mismo, por reproducidas.- Entre las citadas desvinculaciones se produjeron 35 que afectaban a altos directivos de la empresa, los cuales vieron aceptada su solicitud de baja indemnizada. Consta así mismo, que en al menos 5 casos, de los 35 altos directivos, ostentan una nota de “0” en sus evaluaciones. ”

Todo lo cual se solicita al estar directamente relacionado con lo alegado y probado por esta parte, en cuanto a los incumplimientos del acuerdo, y por ser determinante para el fallo de la sentencia, por tratarse de un hecho falto de rigor y concreción, todo lo cual genera indefensión a esta parte.

VII.- Finalmente se interesa la adición de un hecho probado. Dado que se solicitó el interrogatorio de los demandados, y los sindicatos firmantes no comparecieron al acto de juicio, esta parte pidió se les tuviera por confesos sobre las pruebas y preguntas a realizar en el acto de juicio en tanto en cuanto, todos ellos emitieron numerosos comunicados a los trabajadores en los que se puede apreciar las continuadas e intensas denuncias que se hacían respecto del incumplimiento del acuerdo (descriptores 74 a 85).

Es por ello que proponemos la siguiente redacción para el nuevo hecho probado:

“ De los descriptores 74 a 85, se deduce que los sindicatos firmantes del Acuerdo de 8 de febrero de 2013, emitieron numerosas comunicaciones a la plantilla y a la empresa, en los que se hicieron constar los continuos incumplimientos de aquel, por parte de Bankia, en cuanto a al procedimiento para designar a los trabajadores despedidos, sin observar lo contemplado en el acuerdo y anunciando que iniciarían acciones judiciales para cesar en los indicados incumplimientos”

Todo lo cual se solicita al estar directamente relacionado con lo alegado y probado por esta parte, en cuanto a los incumplimientos del acuerdo, y por ser determinante para el fallo de la sentencia, por tratarse de un incumplimiento que afecta a la generalidad de los trabajadores afectados, y por ello ser el procedimiento seguido por esta parte el adecuado.

VI.- MOTIVO SÉXTO.- Con fundamento en el apartado e) del artículo 207 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, infracción de las normas del ordenamiento jurídico, art. 153.1 LRJS y de la jurisprudencia aplicables

En el presente motivo de recurso, esta parte alega la infracción de interpretación y aplicación del art. 153.1 LRJS, en tanto en cuanto, se aprecia la excepción de inadecuación de procedimiento, como se ha señalado por la jurisprudencia la trascendencia colectiva del conflicto colectivo viene dada por dos elementos, tal y como señala la sentencia aquí recurrida, pero, dicho sea en términos de defensa, la Sala equivoca su interpretación en cuanto a lo solicitado y probado por esta parte, así entrando a analizar los elementos diremos en primer lugar que respecto del subjetivo, vinculado a la afectación de un grupo genérico de trabajadores, entendiendo por tal no la mera pluralidad, suma o agregado de trabajadores singularmente considerados, sino un conjunto estructurado a partir de un elemento de homogeneidad, se interesa la interpretación del Acuerdo de 8 de febrero y la apreciación de los incumplimientos, no para cada uno de los trabajadores individualmente considerados, sino en cuanto colectivo, y en este sentido, de contrario se acepta el hecho primero de la demanda (minuto 10:29 video 1) en donde se determina el ámbito del CONFLICTO COLECTIVO, es decir el colectivo de trabajadores afectados por dicho procedimiento y por el Acuerdo de 8 de febrero de 2013, en total 19.253 trabajadores, por lo que se cumpliría este primer requisito, y como viene estableciendo nuestra jurisprudencia, el objeto del conflicto abarca a toda la plantilla, *“cualesquiera que sea el número de trabajadores singulares comprendidos en el grupo”* (sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2011 (rec. núm. 66/2010) STS Sala 4ª de 18 enero 2011 Estima el TS los rec. de casación formulados por los sindicatos accionantes contra sentencia que declaró la inadecuación de procedimiento de conflicto colectivo en autos sobre ilegalidad de aceptación o denegación de solicitudes de adhesión al plan de empleo de la demandada RTVE basada en vulneración del derecho fundamental a la igualdad.

La controversia afecta a un grupo genérico de trabajadores, pues el acuerdo referido prevé medidas, de desvinculación, designación directa, movilidad geográfica y funcional, entre otras, para todos los trabajadores afectados cuyo

incumplimiento lleva a afectar también a la generalidad, pero sin que el hecho de que puedan identificarse individualmente cada uno de los trabajadores afectados por la inadecuada aplicación del acuerdo desvirtúe ni su condición de integrante del grupo, ni el carácter homogéneo de éste.

En cuanto al elemento objetivo, que consiste en la presencia de un interés general que es el que actúa a través del conflicto. Y respecto del interés general, éste se ha configurado como un interés indivisible correspondiente al grupo en su conjunto, y por tanto no susceptible de fraccionamiento entre sus miembros, y como un interés que, aunque pueda ser divisible, lo es de una manera refleja en sus consecuencias, que han de ser objeto de la oportuna individualización, pero no en su propia configuración general, es por ello que la interpretación arbitraria del acuerdo por parte de Bankia y por ende el incumplimiento de lo allí previsto afecta a la generalidad de los trabajadores (19.253 trabajadores) dado que de haberse seguido correctamente el procedimiento previsto en el citado acuerdo, las designaciones directas, o sea los despidos, se hubieran reducido, sin incurrir en la inseguridad jurídica que se ha generado y se sigue generando entre los trabajadores de la entidad que se ven despedidos sin que previamente se hayan descontado las bajas voluntarias y las movilidades geográficas y funcionales; de la misma forma, los despidos que quedan por realizarse, se encuentran en la misma situación de inseguridad jurídica en la aplicación del acuerdo, estando pueden estar pendientes de que por la entidad se siga haciendo una aplicación arbitraria del acuerdo o no, aceptándose bajas voluntarias posteriores a los despidos, generando una evidente indefensión a la plantilla que resta por reestructurar.

Así, en los conflictos individuales que versan sobre la interpretación de una norma hay normalmente un momento colectivo, en la medida en que el sentido general de la interpretación que se propugna no responde sólo al interés individual del que litiga sino al de todos los que comparten o puedan compartir su posición contractual. Del mismo modo en la pretensión colectiva, que trata de establecer una determinada interpretación, están también presentes los intereses individuales de aquellos a quienes beneficia esa interpretación.

Por ello, en estos supuestos de intereses colectivos individualizables, el carácter del conflicto debe precisarse atendiendo al nivel de determinación de la pretensión ejercitada. El conflicto colectivo debe tener en estos casos por objeto una pretensión declarativa acorde con el carácter general de la controversia, siendo en este caso la interpretación del acuerdo de 8 de febrero en cuanto al procedimiento a seguir por la entidad, tanto para abrir plazos de adhesión a las bajas indemnizadas (que no el derecho a que les sean aprobadas) y en cuanto al procedimiento a seguir para llegar a proceder a las designaciones directas por la empresa o lo que es lo mismo proceder a despedir, mientras que en el conflicto individual o en el plural la pretensión debe apuntar a un pronunciamiento concreto de condena o de reconocimiento singular de una situación jurídica, extremo que en ningún momento se solicita por esta parte.

Así la STS de 14 de mayo de 2009; rec. 89/2008, indica lo siguiente: **"Es decir lo que el conflicto colectivo supone es la necesidad de interpretar normas legales o pactadas colectivamente, que afectan a un grupo de trabajadores, considerados en su conjunto, de modo que el interés que se cuestiona, en estos especiales procesos, no es el individual o personal de cada trabajador, reflejado por una reivindicación... de carácter específico y perfectamente concretada, sino que la solución pretendida comprende a todos los trabajadores... hayan intervenido o no en el conflicto"**

Y así, partiendo de la doctrina expuesta:

1ª) el litigio viene referido a un grupo genérico de trabajadores, ya que los afectados son todos los trabajadores identificados en el hecho primero de la demanda, reconocido de contrario. Y siendo la pretensión de la demanda la interpretación del Acuerdo de 8 de febrero de 2013 en todo aquello en lo que la entidad ha realizado una aplicación arbitraria.

Todo ello sin que el "hecho, evidente, de que puedan identificarse individualmente cada uno de los trabajadores afectados, no desvirtúa ni su condición de integrante del grupo, ni el carácter homogéneo de éste pues, de ser así, no sería posible el planteamiento de ningún conflicto colectivo de empresa ya que siempre pueden identificarse fácilmente, todos y cada uno de los que lo integran" (sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2011 (rec. núm. 66/2010) Estima el TS los rec. de casación formulados por los sindicatos accionantes contra sentencia que declaró la inadecuación de procedimiento de conflicto colectivo en autos sobre ilegalidad de aceptación o denegación de solicitudes de adhesión al plan de

empleo de la demandada RTVE basada en vulneración del derecho fundamental a la igualdad.

La controversia afecta a un grupo genérico de trabajadores, pues el acuerdo referido al despido colectivo y reestructuración de Bankia S.A. en lo tocante a la apertura de plazos para que los trabajadores afectados pudieran SOLICITAR la baja indemnizada y al procedimiento a seguir hasta desembocar en los despidos, afecta a una generalidad, sin que el hecho de que puedan identificarse individualmente cada uno de los trabajadores afectados desvirtúe ni su condición de integrante del grupo, ni el carácter homogéneo de éste.

2ª) Los trabajadores indicados en el hecho primero de la demanda, constituyen así un conjunto homogéneo de trabajadores afectados por acuerdo de 8 de febrero de 2013 y por la aplicación arbitraria

3ª) Ciertamente es que el Acuerdo lo fue por la firma de la mayoría de la representación sindical y la empresa, pero no es menos cierto que la decisión de aplicarlo sin respetar lo firmado ha sido una decisión unilateral de la entidad, como también denunciaron los sindicatos firmantes durante todo el año 2013 (descriptores del 69 al 85), denegando el acceso de los trabajadores a SOLICITAR la baja indemnizada o despidiendo con anterioridad a ejecutar las bajas indemnizadas aprobadas, actuaciones que generaron la pretensión canalizada por esta parte a través del proceso de conflicto colectivo, con la pretensión de que, entre otras cosas, se declarase el incumplimiento del Acuerdo de 8 de febrero de 2013 interpretándose el mismo de manera objetiva y fiel a lo firmado, por vulnerar el acuerdo colectivo, todo lo cual constituye un interés de configuración general susceptible de ser analizado con perspectiva homogénea para todo el colectivo afectado.

4ª) La primera pretensión que se ejercitó en demanda tiene el carácter declarativo general propio de las cuestiones a dilucidar por la vía del conflicto colectivo, esto es, una pretensión declarativa acorde con el carácter general de la controversia

5ª) A juicio de esta parte y a la luz de nuestra jurisprudencia, no cabe duda de que se trata de un conflicto real y actual, cuyo objeto se contrae a la aplicación e interpretación del acuerdo de 8 de febrero de 2013 y la adecuación al mismo de la actuación empresarial. Es decir, que el procedimiento de conflicto colectivo empleado resulta ser el adecuado, en tanto en cuanto que lo que aquí se denuncia resulta ser la aplicación de una norma colectiva, ya que ésta afecta a la totalidad de trabajadores integrantes de la plantilla de Bankia S.A. (identificados

en el hecho primero de la demanda reconocido de contrario) y que, insistimos en ello, por lo tanto, es adecuada la acción de conflicto colectivo. El "hecho de que un litigio tenga por objeto un interés individualizable, que se concrete o pueda concretarse en un derecho de titularidad individual, no hace inadecuado el procedimiento especial de conflicto colectivo, siempre que el origen de la controversia sea la interpretación o aplicación de una regulación jurídicamente vinculante que afecte de manera homogénea e indiferenciada a un grupo de trabajadores"

Así también, conviene advertir que nos encontramos frente a un conflicto colectivo jurídico, y no de intereses. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, viene declarando desde hace años que, a los efectos que aquí interesan, debe distinguirse entre dos clases de conflictos colectivos.

Por un lado, se encuentran aquellos que se vienen siendo adjetivados como "jurídicos" -que son precisamente a los que se refiere el art. 151 LRJS, al delimitar el objeto del procedimiento especial de conflictos colectivos, que surgen ante el criterio discrepante de las dos partes contratantes a la hora de interpretar o aplicar una norma paccionada, y que tiene como finalidad precisamente la de precisar la manera en la que debe ser aplicada o interpretada "una norma estatal, Convenio Colectivo, cualquiera que sea su eficacia, o... una decisión o práctica de empresa".

Y por el otro lado nos encontramos con aquellos conflictos colectivos que han sido calificados como "económicos", "de regulación" o de "intereses", en los que, al contrario de lo que sucede con los jurídicos, no se busca la aplicación o interpretación de la norma, sino la modificación del orden normativo preestablecido o la implantación de condiciones de trabajo diferentes a las que rigen en un determinado ámbito, de manera que el promotor de este conflicto prescinde de la normativa vigente en un intento de implantar un orden de condiciones laborales nuevo; conflictos éstos últimos cuyos instrumentos de solución resultan ser exclusivamente extrajudiciales -mientras que los conflictos colectivos jurídicos pueden resolverse tanto judicial como extrajudicialmente-, y ello, por la sencilla razón de que, orientados los conflictos colectivos "de intereses" usualmente a la modificación o mejora del convenio colectivo controvertido, los órganos judiciales no son competentes para la creación de normas colectivas y, por ende, para resolver conflictos colectivos económicos o de intereses.

En este mismo sentido, la doctrina del Tribunal Supremo viene igualmente "exigiendo la concurrencia de un triple condicionamiento para la conformación del conflicto colectivo: el objetivo, en cuando a la generalidad del interés debatido, el subjetivo, que se refiere a los sujetos afectados, ya analizados en el presente motivo de recurso y el finalista, caracterizado por el fin perseguido con su planteamiento.

Precisamente la nota finalista es la que marca la frontera entre el conflicto colectivo jurídico y el de reglamentación, económico o de intereses, y la distinción entre una y otra figura cobra especial interés porque implica la competencia del orden social para conocer solamente de los primeros. El conflicto colectivo, presupone la controversia que puede ser solventada aplicando una norma jurídica, pues lo que se cuestiona es la existencia, el alcance, el contenido o los sujetos de una relación jurídica disciplinada por la Ley o por el convenio colectivo, o afectada por decisión o práctica de empresa, en tanto que el conflicto de intereses o económico tiene como finalidad la modificación del orden jurídico preestablecido, es decir, cambiando de alguna manera las condiciones de trabajo o su finalización, como en el caso actual y, como es lógico, estas controversias no pueden encontrar solución en derecho, ni el Juez puede suplantar la actividad negociadora de las partes, único procedimiento para pacificar la situación.

Así las cosas, si se examina el primer punto del suplico de la demanda, así como el objeto del litigio, se debe concluir (como se anticipó) que lo planteado por esta parte por el cauce del art. 151 LRJS, como un conflicto colectivo de interpretación o aplicación de una norma convencional, resulta ser justamente eso, un conflicto colectivo jurídico, que versa sobre la interpretar o aplicación una norma paccionada, en este caso, el acuerdo de 8 de febrero de 2013, en cuanto al procedimiento para dar acceso a la solicitud de bajas indemnizadas y al procedimiento que conlleva a despedir a empleados de la demandada.

La pretensión principal resulta ser pues la de declarar el incumplimiento de lo pactado por una interpretación y ejecución arbitraria por parte de la entidad, que pugna directamente con lo acordado colectivamente en el acuerdo de 8 de febrero de 2013. Se trata, en definitiva, de determinar el incumplimiento, interesando esta parte una solución judicial a un problema derivado de la aplicación de una norma colectiva que afecta a un grupo genérico de trabajadores.

Todo ello, en fin, conduce a estimar que la modalidad procesal utilizada fue la adecuada, con independencia de la solución que pueda adoptarse en cuanto al fondo del asunto, y por ello procedería estimar el recurso y revocar, en su integridad, el fallo censurado.

Como inciso complementario a lo expresado en el presente motivo de impugnación, tenemos que hacer hincapié en el fundamento de derecho tercero de la sentencia, cuando pone de manifiesto que la realización o no del proceso de valoración tuvo que hacerse valer mediante el procedimiento de impugnación de despido colectivo, pero esta por esta vía fue totalmente imposible realizar lo que la Sala indica, toda vez que han sido hechos posteriores al plazo de 20 días hábiles previstos para ejercitar dicha acción, los que han provocado el incumplimiento del acuerdo y la arbitrariedad ejercida por la demandada, siendo además que dicho procedimiento valorativo se pactó como medio para unificar los criterios de evaluación de la plantilla en aras de promociones internas, adecuación de los trabajadores al puesto de trabajo, mejoras etc...sin embargo esos criterios se utilizaron para despedir, utilizándose además los mismos criterios tanto para proceder a despedir como para aprobar bajas voluntarias dando acceso a estos trabajadores a una salida de la entidad más beneficiosa que los primeros ostentando la misma nota o inferior, y en múltiples casos saliendo de la mercantil con posterioridad a los despidos.

Pero es más, la representación de los trabajadores que firmaron dicho acuerdo fueron absolutos desconocedores de las supuestas valoraciones así como de las notas de corte (descriptor 35) que la empresa ha aplicado para despedir y aprobar o denegar las bajas voluntarias, aplicando criterios diferentes dependiendo de la provincia o negocio reestructurado.

Es por lo anterior que la sentencia aquí impugnada, infringe los preceptos indicados y es por lo que debe ser anulada y casada, como pronunciamiento subsidiario al solicitado en el primer motivo de casación.

VII.- MOTIVO SÉPTIMO.- Con fundamento en el apartado e) del artículo 207 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, infracción de las normas del ordenamiento jurídico, Acuerdo de 8 de febrero de 2013 y de la jurisprudencia aplicables

La Sala interpreta de manera errónea el citado Acuerdo de 8 de febrero en sus apartados A- Designación por la empresa previa propuesta inicial de los empleados y así como el apartado B del Capítulo II- Designación directa por parte de la empresa.

En cuanto al primero de ellos, en su apartado segundo, el acuerdo establece que: *“complementariamente dentro de cada ámbito provincial o las agrupaciones y/o unidades funcionales de servicios centrales **en que se ordene** la reestructuración y reorganización, **externalización** o venta de unidades productivas de la Entidad, **se abrirá un período de 10 días naturales de duración para que los empleados del correspondiente ámbito, que estén interesados formulen su propuesta de adhesión al programa de bajas indemnizadas.**”*

Tenemos que decir ante todo, que en ningún momento, esta parte ha discutido que la entidad tenga la potestad de aprobar o denegar las bajas indemnizadas solicitadas, lo que combate es la negativa a dar ese acceso a determinados colectivos, como en el caso que aquí se expone.

Dicho lo cual entramos a analizar este punto, así pues, es claro que los trabajadores afectados por las externalizaciones quedan incluidos en el indicado apartado y en dicho párrafo, si por las partes se hubiera querido excluir a dichos colectivos de la aplicación de este punto, no se tendría que haber indicado que en caso de externalizaciones o ventas de unidades productivas se abriría una ventana para la adhesión a las bajas indemnizadas, dado que ahora no se puede alegar que en el momento de la firma del Acuerdo se desconocía que tanto las externalizaciones como las ventas de unidades productivas, no provocaban la pérdida del empleo, argumento que se utiliza a posteriori por la demandada para evitar la aplicación de dicho apartado a los trabajadores afectados.

Se alega de contrario que solo se procederá a abrir las indicadas “ventanas” para las adhesiones en caso de amortizaciones de puestos de trabajo, pero como hemos indicado, en el momento de la redacción y firma del acuerdo se conocían las consecuencias de una externalización o una venta de unidad productiva, no conllevando la pérdida del empleo por los trabajadores afectados, sin embargo se incluyeron en dicho apartado del acuerdo sin excepción alguna.

Por lo cual, lo querido por las partes así se redacta y se firma sin exclusión, por lo que, en aplicación de las normas de interpretación general de los contratos establecidas en el Código Civil, arts. 1256, 1258, 1281 y ss, el Acuerdo no debe

interpretarse por una de las partes, debe darse cumplimiento a lo expresamente pactado, debiendo estarse al tenor literal de las cláusulas.

Así por todo lo anterior no se puede pretender a posteriori dar una interpretación diferente a lo que claramente se quiso firmar, en este caso a la apertura del plazo de adhesión a las bajas indemnizadas para los trabajadores afectados por las externalizaciones o venta de unidades productivas, incluido todo ello dentro del apartado “A- *Designación por la empresa previa propuesta inicial de los empleados*”.

Pero además y combatiendo el argumento dado de contrario, el cual es, que solo se abrirá dicho plazo de adhesión en caso de amortización, siendo que se niega en estos casos por no producir una pérdida de puestos de trabajo, tenemos que decir, además de lo ya expresado anteriormente, que como hemos indicado en el presente recurso, y como se viene estableciendo por la doctrina jurisprudencial, toda externalización o venta de unidad productiva, supone una amortización de los puestos de trabajo en la mercantil cedente, de otra forma no se entiende que, se prevea dentro del acuerdo como medida para alcanzar los 4.500 puestos que se tratan de reducir en Bankia, y que estos se vean minorados cuando se efectúan externalizaciones o ventas de unidades productivas autónomas, como se reconoció de contrario.

En cuanto al apartado B del Capítulo II- Designación directa por parte de la empresa, en su punto segundo, se interpreta también de manera errónea, sea dicho en términos de defensa, dado que el procedimiento allí establecido no se observa por parte de la demandada, en tanto en cuanto se producen despidos con anterioridad a ejecutar primeramente las bajas voluntarias aceptadas y las movilidades geográficas y funcionales, como quedó probado por esta parte, tanto por la prueba aportada como la que incorporó la demandada, no dejando de lado la que aportada por CGT en el CD al que se hace referencia en el descriptor 126 y 127, también se encuentra numerosa prueba que así lo acredita.

Así también, en el fundamento de derecho quinto de la sentencia, la Sala hace suyo el argumento alegado de contrario, por el cual se indicaba que la entidad se reservaba el derecho a decidir el momento de la ejecución de las bajas voluntarias aprobadas, argumento que no tiene ninguna base probatoria, ya que en el acuerdo no se encuentra reflejado ese derecho y ni la sentencia identifica en los hechos probados de qué documento o prueba practicada se extrae dicha conclusión.

Dicho lo anterior, es evidente que de alguna forma se reconoce de contrario y queda probado por la misma sentencia que se ejecutaron bajas indemnizadas con posterioridad a los despidos, de otra forma no se hubiera admitido la supuesta facultad de ejecutar las referidas bajas en fecha posterior a los despidos, todo lo cual no hace más que apoyar nuestra alegación de que se ha incumplido el acuerdo, en tanto en cuanto se invierte el orden establecido en el acuerdo y dicha facultad no se encuentra recogida en el precitado acuerdo.

Así pues, esta parte entiende que se debe estimar el incumplimiento del acuerdo de 8 de febrero de 2013, por los motivos aquí expuestos en relación con el resto de motivos del presente recurso que así lo prueban, teniendo también en cuenta que de contrario se reconocieron **todos** los documentos aportados anticipadamente por esta parte.(minuto 11:34:25 video 2).

Por todo lo expuesto:

SUPLICA A LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO: Que teniendo por presentado este escrito con sus copias, se sirva admitirlo, tener por formalizado en tiempo y forma recurso de casación.

A.- Que previos los trámites de rigor, se dicte en su día Sentencia por la que, con estimación del recurso, case y anule la dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional (Sentencia N° 4/2014), de fecha 16 de enero de 2014, y en consecuencia, se anule dicha sentencia reponiendo los Autos al momento de cometerse las infracciones denunciadas por esta parte. Nulidad de actuaciones que se solicita por:

1.- Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, por haber producido indefensión, con una total transgresión de la tutela judicial efectiva y seguridad jurídica (arts. 9.3 y 24 CE) además de los principios y requisitos formales que debe contener una sentencia en base a lo previsto en el art. 97.2 LRJS. Con fundamento en el apartado c) del artículo 207 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, por lo que se solicita la nulidad de actuaciones, como consecuencia de lo establecido en los artículos 238.3º y 240 LOPJ.

2.- Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, por haber producido indefensión, transgrediéndose los artículos 9.3 y 24 CE, art. 5.2 y art. 153.1 ambos de la LRJS. Con fundamento en el apartado c) del artículo 207 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en todo lo referente a la sustanciación de las pretensiones por el procedimiento de conflicto colectivo, así como de la estimación de la excepción de la inadecuación de procedimiento, solicitándose la nulidad de la sentencia como consecuencia de lo establecido en los artículos 238.3º y 240 LOPJ.

3.- Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, por haber producido indefensión, transgrediéndose los artículos 24 CE, 97.2 de la LRJS y los arts. 209.3 y 4 y 218.1 y 2 LEC. Con fundamento en el apartado c) del artículo 207 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en base a la incongruencia extra petitum o subsidiariamente incongruencia por error en la sentencia solicitándose, de manera subsidiaria la nulidad de la sentencia como consecuencia de lo establecido en los artículos 238.3º y 240 LOPJ.

4.- Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, por haber producido indefensión, transgrediéndose los artículos 24 CE, 97.2 de la LRJS y los arts. 209.3 y 4 y 218.1 y 2 LEC. Con fundamento en el apartado c) del artículo 207 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social en base a la falta de determinación de todos los hechos probados por lo que se solicita la nulidad de actuaciones, en base a lo establecido en los artículos 238.3º y 240 LOPJ.

B.- Que de manera subsidiaria y previos los trámites de rigor, se dicte en su día Sentencia por la que, con estimación del recurso, case y anule la dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional (Sentencia Nº 4/2014), de fecha 16 de

enero de 2014, y en consecuencia, estimándose definitiva e íntegramente la demanda, por los siguientes motivos:

1.- Por error en la apreciación de la prueba basado en los documentos que obran en Autos. Con fundamento en el apartado d) del artículo 207 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

2.- Por infracción de las normas del ordenamiento jurídico, art. 153.1 LRJS y de la jurisprudencia aplicables. Con fundamento en el apartado e) del artículo 207 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

3.- Por infracción de las normas del ordenamiento jurídico, Acuerdo de 8 de febrero de 2013 y de la jurisprudencia aplicables. Con fundamento en el apartado e) del artículo 207 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social,

Por ser Justicia que pide en Madrid, a 21 de marzo de 2014

OTROSÍ DIGO: Que el presente escrito se presenta A TÉRMINO, según en el artículo 45 LRJS y 135 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

A LA SALA SUPlico: Que tenga por hechas las anteriores manifestaciones a todos los efectos legales.

Fdo.: ÁNGELES MORCILLO GARMENDIA

Col. nº: 84.775

En nombre y representación de la Federación de Sindicatos de Banca, Bolsa, Ahorro, Entidades de Crédito, Seguros y Oficinas y Despachos de la Confederación General del Trabajo,