

III. OTRAS DISPOSICIONES**MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES
Y SEGURIDAD SOCIAL**

- 2331** *Resolución de 6 de febrero de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica la Sentencia y Auto de aclaración de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, relativos al Convenio colectivo estatal del sector de industrias de turrones y mazapanes.*

Visto el fallo de la Sentencia núm. 968/2018, de fecha 20 de noviembre de 2018, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo –recurso de casación n.º 221/2017–, en el que se estima parcialmente el recurso de casación formulado por el Abogado del Estado contra la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de 21 de junio de 2017, en autos n.º 144/2017, así como el Auto de aclaración de esa misma Sala, de 17 de enero de 2019, por el que se acuerda corregir el error material padecido en la sentencia, ambos relativos al Convenio colectivo estatal del sector de industrias de turrones y mazapanes (código de convenio n.º 99005165011981),

Y teniendo en consideración los siguientes:

Antecedentes de hecho

Primero.

En el «Boletín Oficial del Estado» de 18 de julio de 2017 se publicó la resolución de la entonces Dirección General de Empleo, de 7 de julio de 2017, en la que se ordenó inscribir en el correspondiente Registro de convenios y acuerdos colectivos de trabajo con funcionamiento a través de medios electrónicos de ese Centro Directivo y publicar en el «Boletín Oficial del Estado», el Convenio colectivo estatal del sector de industrias de turrones y mazapanes (código de convenio n.º 99005165011981).

Segundo.

El día 5 de diciembre de 2018, la Abogacía del Estado ante el Tribunal Supremo remitió a este centro directivo la sentencia antecitada de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 20 de noviembre de 2018, en cuyo fallo se acuerda estimar parcialmente el recurso de casación formulado por el Abogado del Estado en nombre y representación de la entonces Dirección General de Empleo contra la antecitada sentencia de la Audiencia Nacional de 21-6-2017, y declarar la nulidad del artículo 12.2.1.1 del Convenio colectivo estatal del sector de industrias de turrones y mazapanes, suscrito el 15 de diciembre de 2016.

Tercero.

El día 31 de enero de 2019, la Abogacía del Estado ante el Tribunal Supremo ha remitido también a este centro directivo el antecitado Auto de aclaración de 17 de enero de 2019.

Fundamentos de derecho

Primero y único.

De conformidad con lo establecido en el artículo 166.3 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, cuando la sentencia sea anulatoria, en todo o en parte, del Convenio Colectivo impugnado y éste hubiera sido publicado, también se publicará en el Boletín Oficial en que aquél se hubiere insertado.

En consecuencia, esta Dirección General de Trabajo resuelve:

Primero.

Ordenar la inscripción de dicha Sentencia núm. 968/2018 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 20 de noviembre de 2018, recaída en el recurso de casación n.º 221/2017, así como la del Auto de aclaración emitido por esa misma Sala, de 17 de enero de 2019, por el que se acuerda corregir el error material padecido en la mencionada sentencia, ambos relativos al Convenio colectivo estatal del sector de industrias de turrónes y mazapanes.

Segundo.

Disponer su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Madrid, 6 de febrero de 2019.–El Director General de Trabajo, Ángel Allué Buiza.

CASACIÓN NÚM.: 221/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 968/2018

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesús Gullón Rodríguez, presidente.

D.ª María Luisa Segoviano Astaburuaga.

D.ª Rosa María Virolés Piñol.

D. Antonio V. Sempere Navarro.

D. Ángel Blasco Pellicer.

En Madrid, a 20 de noviembre de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la Dirección General de Empleo –Ministerio de Empleo y Seguridad Social–, representada y defendida por el Abogado del Estado, contra la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de 21 de junio de 2017, en autos n.º 144/2017, seguidos a instancia de dicha recurrente contra la Asociación Española de Fabricantes de Turrónes y Mazapanes (TUMA), Asociación de Fabricantes del Turrón, Derivados y Chocolates de la Comunidad Valenciana (TDEC), Federación de Industria de Comisiones Obreras, Federación de Industria, Construcción y Agro y de la UGT (FICA-UGT) y el Ministerio Fiscal, sobre convenio colectivo.

Han comparecido en concepto de recurridos, la Federación de Industria de Comisiones Obreras, representada y defendida por el Letrado Sr. Lillo Pérez, la Federación de Industria, Construcción y Agro y de la UGT (FICAUGT), representada y

defendida por la Letrada Sra. Gómez Gil, la Asociación Española de Fabricantes de Turrónes y Mazapanes (TUMA), Asociación de Fabricantes del Turrón, Derivados y Chocolates de la Comunidad Valenciana (TDEC), representadas y defendidas por el Letrado Sr. López Gómez y el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

Antecedentes de hecho

Primero.

La Dirección General de Empleo –Ministerio de Empleo y Seguridad Social–, interpuso demanda de convenio colectivo del que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. Tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que se declare la nulidad de los arts. 12.2.1.1, 28 y Anexo II del Convenio Colectivo Estatal del Sector de Industrias de Turrónes y Mazapanes, suscrito el 15 de diciembre de 2016.

Segundo.

Admitida a trámite la demanda de convenio colectivo, se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la demanda, oponiéndose la demandada, según consta en acta. Recibido el juicio a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

Tercero.

Con fecha 21 de junio de 2017 se dictó sentencia, en la que consta el siguiente fallo: «Desestimamos la demanda de impugnación de convenio, promovida por la Dirección General de Empleo, por lo que declaramos ajustados a derecho los arts. 12.2.11 y 28 del Convenio Colectivo de Sector para las Industrias de Turrónes y Mazapanes, así como su Anexo II y absolvemos a la Asociación Española Fabricante de Turrónes y Mazapanes, la Asociación Fabricantes de Turrón Derivados y Chocolates de la Comunidad Valenciana, CCOO y UGT de los pedimentos de la demanda».

Cuarto.

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

«1.º CCOO y UGT ostentan la condición de sindicatos más representativos a nivel estatal y acreditan implantación mayoritaria en el sector de Industrias de Turrónes y Mazapanes. – Dicho sector regula sus relaciones laborales por convenios colectivos de sector de ámbito estatal, negociados por la Asociación Española de Fabricantes de Turrónes y Mazapanes y la Asociación de Fabricantes del Turrón, Derivados y Chocolates de la Comunidad Valenciana en representación de las empresas del sector, y de otra por la Federación Agroalimentaria de CC.OO. y la Federación de Industria y de los Trabajadores Agrarios de UGT en representación de los trabajadores. – El último convenio se publicó en el «BOE» de 14-10-2015.

2.º El 6-04-2016 se constituyó la comisión negociadora del Convenio antes dicho, compuesta por las organizaciones empresariales y sindicales mencionadas, quienes alcanzaron acuerdo el 15-12-2016. – Obra en autos el texto del convenio, que se tiene por reproducido.

3.º El 6-02-2017 la DGE remitió una comunicación de subsanación, que obra en autos y se tiene por reproducida, en cuyo apartado 2 se dice lo siguiente:

En el artículo 12.2.1.1, al regular el contrato para la formación y el aprendizaje, se limita el número máximo de contratos para la formación por centro de trabajo en función

de la plantilla de la empresa. Asimismo, en el Anexo II del Convenio se exceptúa de la posibilidad de contratar en formación para una serie de puestos de trabajo. Al respecto, se ha de significar que, como saben, en nuestro ordenamiento jurídico laboral la contratación en formación y temporal aparece como una posibilidad que puede ser utilizada por el empleador cuando concurren las circunstancias, requisitos y causas que justifican cada modalidad de contrato de trabajo formativo o temporal. Así, en relación con los contratos para la formación y el aprendizaje, el artículo 11.2 del Estatuto de los Trabajadores establece la posibilidad de que por Convenio se fijen otras duraciones del contrato, en función de las necesidades organizativas o productivas de las empresas, sin que la duración mínima pueda ser inferior a seis meses ni la máxima superior a tres años, y el artículo 11.3 del E.T. se remite a la negociación colectiva para que esta pueda fijar criterio y procedimientos tendentes a conseguir una presencia equilibrada de hombres y de mujeres vinculados a la empresa mediante contratos formativos o establecer compromisos de conversión de los contratos formativos en contratos por tiempo indefinido, pero lo que no puede la negociación colectiva es limitar el número máximo de contratos para la formación ni impedir la celebración de contratos para la formación y el aprendizaje para determinados puestos de trabajo si se cumplen todos los requisitos fijados en la Ley o en su normativa de desarrollo para concertar este tipo de contratos. En la misma materia, se requería la modificación del Anexo II del Convenio; en concreto, la eliminación de la imposibilidad de contratar en formación y aprendizaje para una serie de puestos de trabajo, por vulneración del artículo 11.2 y 3 del Estatuto de los Trabajadores.

En su apartado 10 se dice lo que sigue: En el artículo 28 del Convenio se hace una distinción entre dos grupos de horas extraordinarias, limitando a ochenta al año únicamente las referidas en el apartado c). Por lo que entendemos que las incluidas en el apartado b) del mismo artículo (algunas distintas de las de fuerza mayor) no computan a efectos del tope máximo de ochenta horas extraordinarias anuales vulnerando así el artículo 35.2 del E.T.

4.º El 21-02-2017 la comisión negociadora presentó un acta de 13-02-2017, que se tiene por reproducida, en la que se respondió al requerimiento de la Autoridad Laboral del modo siguiente:

En relación con el artículo 12.2.1.1 y Anexo II del Convenio colectivo, la comisión negociadora presenta las siguientes alegaciones:

– Que el Estatuto de los Trabajadores no impide el establecimiento de límites porcentuales o por puestos de trabajo en los contratos de formación y aprendizaje. Siendo, por tanto, materia disponible en la negociación colectiva.

– Que la Dirección General de Empleo ha venido publicando textos idénticos en los convenios colectivos precedentes.

– Que el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (AENC) establece en los párrafos b), c) y d) del punto 1 "Estabilidad en el empleo y modalidades de contratación", criterios y orientaciones para la negociación colectiva en lo relativo a la posibilidad de establecer límites, criterios y pautas para fomentar un uso adecuado de la contratación temporal y evitar abusos. En relación con el artículo 28 del Convenio, la comisión negociadora mantiene la redacción original del mismo añadiendo únicamente lo siguiente en el apartado b) del mismo: "(...), en estos dos últimos casos por causas extraordinarias no habituales...)".

5.º El 3-03-2017 se dicta nueva comunicación por la DGE en la que se informó a la comisión negociadora que la subsanación no daba cumplimiento a la comunicación de 6-02-2017. El 10/04/2017 se presenta escrito de la comisión negociadora del Convenio colectivo reiterando su posición en relación con los artículos 12.2.1.1, 28 y Anexo II del Convenio, conforme al acta de la comisión negociadora de 30-03-2017, que se tiene por reproducida.

6.º La regulación de las horas extraordinarias, contenida en el art. 28 del convenio impugnado se remonta al convenio sectorial del sector, publicado en el “BOE” de 2-10-1981 y se ha reproducido hasta la fecha. La limitación en el número de contratos formativos, así como la identificación de los puestos de trabajo, que pueden cubrirse mediante la modalidad de contratos en prácticas o en formación se remonta al menos al convenio del sector publicado en el “BOE” de 1-10-1998 y se ha reproducido exactamente en los convenios siguientes.»

Quinto.

Contra la expresada resolución se preparó recurso de casación a nombre de la Dirección General de Empleo –Ministerio de Empleo y Seguridad Social–. El Abogado del Estado, en escrito de fecha 25 de septiembre de 2017, formalizó el correspondiente recurso, basándose en el siguiente motivo: Único.–Al amparo del art. 207.e) LJS, por infracción de los arts. 37.1 CE, 82.1 y 3 ET, 3.1 y 1281, 1283, 1284 y 1285 CC, 9.3 CE y 3.1 ET, 1575 CC, en relación con los arts. 12.2.1.1 y anexo II y 28.b) Convenio Colectivo.

Sexto.

Evacuados los traslados de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar procedente el recurso.

Séptimo.

Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 20 de noviembre actual, en cuya fecha tuvo lugar.

Fundamentos de derecho

Primero. *Términos del debate casacional.*

En la representación que ostenta, el Abogado del Estado impugna la resolución adoptada por la Audiencia Nacional acerca de una demanda de oficio por ilegalidad parcial del convenio colectivo estatal para Industrias de Turrónes y Mazapanes.

1. Antecedentes relevantes.

Durante el año 2016 se ha negociado un nuevo convenio colectivo estatal para las Industrias de Turrónes y Mazapanes. Por el lado empresarial intervienen tanto la Asociación Española de Fabricantes de Turrónes y Mazapanes cuanto la Asociación de Fabricantes del Turrón, Derivados y Chocolates de la Comunidad Valenciana. Los trabajadores están representados por la Federación Agroalimentaria de Comisiones Obreras (CCOO) y la Federación de Industria y de los Trabajadores Agrarios de la Unión General de Trabajadores (UGT).

El 15 de diciembre de 2016 se firma el texto del convenio colectivo, luego presentado para su registro y depósito ante la Autoridad Laboral (Dirección General de Empleo [DGE]).

Tras diversas vicisitudes (solicitud de subsanación por parte de la DGE y respuesta de la Comisión Negociadora), la DGE activa el procedimiento para impugnar la validez de determinadas previsiones del convenio colectivo.

2. Demanda de oficio.

Al amparo de los artículos 163 y concordantes de la LRJS, con fecha 24 de abril de 2017 la DGE presenta demanda ante la Audiencia Nacional. Solicita que se declare la

nulidad de tres aspectos del convenio colectivo en cuestión, por colisionar con diversas previsiones legales:

- 1.º) El artículo 12.2.1.1 del convenio colectivo, que regula el contrato para la formación y el aprendizaje, limitando su número en función de la plantilla de la empresa.
- 2.º) El Anexo II del Convenio, que exceptúa de la posibilidad de contratar en formación para una serie de puestos de trabajo.
- 3.º) El artículo 28 del Convenio, que distingue dos grupos de horas extraordinarias, limitando a ochenta al año únicamente las referidas en el apartado c).

3. Sentencia recurrida.

Mediante su sentencia 91/2017, de 21 de junio, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional desestima la demanda y declara ajustadas a Derecho las tres previsiones impugnadas. Resumamos su doctrina.

- 1.º) La limitación del número de contratos para la formación en función de la plantilla es válida porque la negociación colectiva es soberana a la hora de decidir sus contenidos, sin más limitación que las normas legales de Derecho necesario, que no concurren aquí.
- 2.º) El listado de puestos de trabajo que no cabe desempeñar mediante contratos formativos concuerda con la facultad que el convenio colectivo tiene. La Ley así lo prevé expresamente respecto de los contratos en prácticas y no lo prohíbe para los de formación, no habiéndose alegado ni probado que los supuestos concretos impidan la utilización debida de estas modalidades contractuales.
- 3.º) Los daños extraordinarios y urgentes, listados en el convenio, se adecúan a la regulación legal de las horas extraordinarias.

4. Recurso de casación.

Disconforme con la reseñada SAN 91/2017, el Abogado del Estado interpone el presente recurso de casación. Desarrolla un motivo único, al amparo del art. 207.e) LRJS («infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate»). Denuncia la infracción de los artículos 37.1 CE; 82.1 y 3 ET; 3.1, 1281, 1283, 1284 y 1285 del Código Civil; 9.3 CE y 3.1 ET, sobre la jerarquía normativa; el art. 1575 del Código Civil. Expone que la interpretación de la sentencia impugnada es jurídicamente inadmisibles porque vulnera decididamente la CE y la ley, en concreto la fuerza vinculante de lo convenido y la finalidad de lo pactado, por un lado, y la jerarquía normativa, por otro lado.

Razona que la regulación del art. 11.2 del ET anterior al Real Decreto-Ley 10/2011 admitía que el convenio colectivo complementara o desarrollara un mayor número de supuestos relativos a los contratos formativos, pero esas llamadas ad hoc desaparecieron expresamente en virtud de la modificación producida por el RDL 10/2011. Concluye afirmando que la nueva regulación del art. 11.2 del ET no es ninguna suerte de regulación parcial o con lagunas u omisiones que deban ser suplidas por terceros ajenos al legislador mismo, sino que es el resultado de un cambio normativo explícito y meditado de los contratos formativos, cuyo precedente se encuentra en el sistema dual alemán y tiene por objeto mejorar la cualificación y el empleo de los jóvenes.

5. Escritos de impugnación.

A) Con fecha 11 de octubre de 2017 el Abogado y representante de CCOO presenta su impugnación al recurso. Invoca la doctrina de los actos propios porque desde 1981 los convenios del sector vienen limitando tanto el número de contratos formativos cuanto los puestos de trabajo desempeñables bajo tal modalidad.

Niega que los convenios solo puedan establecer limitaciones en materia de contratación laboral cuando el legislador lo permite, advierte que la eliminación de la

habilitación legislativa no equivale a prohibición y subraya la razonabilidad de los límites impuestos por el convenio a fin de evitar «una generalización desproporcionada» de estos contratos.

En materia de horas extraordinarias asume los argumentos de la sentencia recurrida.

B) Con fecha 16 de octubre de 2017 la Abogada y representante de UGT formaliza su oposición al recurso.

Acoge la argumentación de instancia, porque mientras la Ley no prohíba de forma clara que el convenio regule determinada materia, éste puede hacerlo. Es equivocado pensar que los convenios solo pueden abordar una materia cuando la Ley así lo permite de modo expreso.

C) Con fecha 16 de octubre de 2017 el Abogado y representante de las dos Asociaciones de Fabricantes negociadoras del convenio formula su oposición.

Expone la esencia del sistema de autonomía negocial: los convenios solo han de respetar las normas de Derecho necesario absoluto, gozando de libertad para regular las materias que consideren conveniente. Y la regulación sobre contratos formativos no veda que el convenio limite el número de contratos formativos por empresa o los puestos de trabajo susceptibles de ocupación mediante ellos. En el caso examinado, además, las previsiones cuestionadas son razonables y encuentran amparo indirecto en la regulación del contrato en prácticas.

Respecto de las horas extraordinarias, recuerda la génesis de lo dispuesto por el artículo 35.2 ET y las previsiones de los sucesivos Acuerdos Interconfederales, concluyendo que la regulación cuestionada por la DGE es perfectamente compatible con la Ley.

6. Informes del Ministerio Fiscal.

A) Con fecha 10 de octubre de 2017 el representante del Ministerio Fiscal ante la Audiencia Nacional presenta su Dictamen sobre el recurso formulado por el Abogado del Estado, cuya desestimación interesa.

Considera que ahora es más necesario que antes el que los convenios colectivos limiten el número de contratos formativos en cada empresa pues ello permitiría su desviada utilización. Además, la Autoridad Laboral viene permaneciendo pasiva ante la publicación de convenios colectivos que contienen regulaciones similares a la ahora cuestionada.

En materia de horas extraordinarias asume plenamente la argumentación de la SAN recurrida.

B) Con fecha 21 de diciembre de 2017 el representante del Ministerio Fiscal ante esta Sala Cuarta emite el Informe contemplado en el artículo 214 LRJS, inclinándose por la procedencia del recurso.

Considera que la nueva regulación legal de los contratos formativos solo permite la complementariedad del convenio colectivo en determinadas materias y que la eliminación de la referencia a su número máximo en cada empresa obedece a la voluntad legislativa de excluir la negociación sobre el particular.

Respecto de las horas extraordinarias, sostiene que la formulación legal no es lo bastante amplia como para que las previstas en el convenio colectivo se subsuman entre las que escapan al tope máximo anual.

Segundo. *Alcance de la impugnación de convenios.*

La modalidad procesal activada por la Autoridad Laboral posee una especial relevancia puesto que combina la depuración del ordenamiento jurídico y la atención al alcance de un concreto pacto sectorial. De ahí que convenga repasar los perfiles básicos de su alcance y condicionantes. A tal fin vamos a seguir la exposición contenida en las SSTs 438/2016 de 18 de mayo (rec. 140/2015), 618/2016 de 6 de julio (rec. 229/2015) y 369/2018 de 4 abril (rec. 108/2017), entre otras.

1. Alcance de la impugnación de convenios.

El artículo 164 LRJS («Requisitos de la comunicación de oficio») dispone que cuando la Autoridad Laboral promueva la declaración de ilegalidad o ilesividad del convenio colectivo deberá remitir al órgano judicial competente una «comunicación» cuyo contenido es el siguiente: «a) La concreción de la legislación y los extremos de ella que se consideren conculcados por el convenio; b) Una referencia sucinta a los fundamentos jurídicos de la ilegalidad; c) La relación de las representaciones integrantes de la comisión o mesa negociadora del convenio impugnado».

Regulando los efectos y contenido de la sentencia, el artículo 166.2 LRJS dispone que «una vez firme producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse en todos los ámbitos de la jurisdicción sobre los preceptos convalidados, anulados o interpretados objeto del proceso».

Finalmente, el artículo 166.3 LRJS prescribe que «Cuando la sentencia sea anulatoria, en todo o en parte, del convenio colectivo impugnado y éste hubiera sido publicado, también se publicará en el Boletín Oficial en que aquél se hubiere insertado».

A la vista de ello, no queda del todo claro el alcance de la sentencia que debe recaer, pues (como se desprende de la mera lectura de los preceptos transcritos) en la Ley aparecen previsiones que indican a pensar en su posible funcionalidad interpretativa, mientras que otras apuntan solamente al control de la legalidad.

2. Doctrina de la Sala.

Ante la confusa redacción de la LRJS, nuestra doctrina ha debido precisar los límites del control judicial de referencia. De manera resumida, la doctrina sentada, que hemos de respetar por elementales razones de coherencia y seguridad jurídica, es la que sigue.

- A través de la impugnación del convenio colectivo solo cabe interesar su declaración de ilegalidad (total, parcial) o lesividad. No es posible interesar que se asuma o descarte determinada interpretación.

- El fallo de la sentencia ha de ser congruente con lo solicitado, concediendo, denegando o accediendo parcialmente a lo pedido.

- Para descartar la ilegalidad solicitada cabe evidenciar que una o varias interpretaciones así lo exigen, pero sin que ese razonamiento o condicionante acceda al fallo.

- La interpretación de los preceptos, mostrando su ajuste a Derecho y descartando su ilegalidad, vincula con los efectos propios de la cosa juzgada e impide ulteriores declaraciones de ilegalidad o inaplicaciones del convenio pero no otros entendimientos.

- Conflictos (individuales o colectivos) posteriores pueden versar sobre el significado o modo de aplicar el convenio en los extremos no declarados ilegales.

3. Conclusión.

De cuanto antecede deriva que si el examen del convenio aboca a la conclusión de que los preceptos cuestionados (interpretados con arreglo a cuanto se haya expuesto en su fundamentación) puede conciliarse con el resto del ordenamiento, la sentencia que se dicte no debe ni declararlo ilegal, ni restringir de futuro su interpretación sino, simplemente, desestimar la demanda.

En nuestro caso, la sentencia recurrida ha indicado las razones por las que los tres pasajes cuestionados (limitación numérica de los contratos formativos; restricción funcional de tales contratos; régimen de ciertas horas extraordinarias) no colisionan con las exigencias de acceso a los empleos públicos. Solo si accedemos a conclusión opuesta deberemos casarla y anularla, desestimando el recurso en caso contrario y permaneciendo la motivación como razones de decidir en la fundamentación de la sentencia.

Tercero. *Limitación numérica de los contratos formativos.*

El primero de los submotivos del recurso de casación va referido a la validez del convenio cuando establece una limitación numérica de los contratos formativos que cada empresa puede celebrar.

1. Precepto cuestionado.

El artículo 12.2.1.1 del convenio colectivo limita las contrataciones formativas que cada empresa puede realizar, atendiendo a la dimensión de su plantilla.

Recordemos su tenor:

«El número máximo de trabajadores para la formación por centro de trabajo que las empresas pueden contratar no será superior a la siguiente escala:

- Hasta 10 trabajadores, el 25 por ciento de la plantilla.
- De 11 a 50 trabajadores, el 20 por ciento de la plantilla.
- De 51 a 250 trabajadores, el 12 por ciento de la plantilla.
- De 251 a 500 trabajadores, el 8 por ciento de la plantilla.
- Más de 500 trabajadores, el 6% de la plantilla.»

2. Términos del debate.

A) El recurso expone que la anterior regulación del art. 11.2.b) ET admitía que el convenio colectivo complementara o desarrollara un mayor número de supuestos relativos a los contratos formativos, pero que tras el Real Decreto-Ley 10/2011 ello no es así. La complementariedad Ley-convenio en esta materia era posible antes, pero no ahora.

B) En línea con los argumentos de la SAN recurrida, las impugnaciones al recurso consideran que los convenios siguen estando facultados para abordar la cuestión; que la autonomía colectiva no precisa habilitaciones legales para desplegarse; que la Autoridad Laboral ha aceptado numerosos convenios con redacción similar a la impugnada; que en el sector de Turrone y Mazapanes la previsión arranca de muchos años atrás.

C) En sintonía con el Informe del Ministerio Fiscal, consideramos que en este punto el recurso debe prosperar.

Nuestra decisión se basa en las consecuencias que extraemos de la evolución normativa, la finalidad de la regulación estatal vigente y otros elementos interpretativos auxiliares, en línea con las pautas interpretativas usuales que recoge el artículo 3.1 CC («Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas»).

Desarrollaremos acto seguido estas líneas argumentales.

3. Evolución normativa.

Un criterio hermenéutico tradicional atiende a la génesis de la norma cuyo alcance se cuestiona.

I. Regulación previa.

A) Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, entre otras muchas novedades relevantes, introdujo cambios en los contratos contemplados por el artículo 11 ET. Con el deseo de elevar las oportunidades de empleo de los jóvenes «se introducen mejoras sustanciales en la regulación de los contratos para la formación que, al mismo tiempo, incentivan su utilización por los empresarios a través de una bonificación total de las cotizaciones sociales y los hacen

más atractivos para los jóvenes, a través de la mejora del salario y del reconocimiento de la prestación de desempleo al término de los mismos».

B) Por cuanto ahora interesa, al regular el contrato para la formación, la Ley 35/2010 incorporaba la siguiente norma:

«Mediante convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, en los convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior, se podrá establecer, en función del tamaño de la plantilla, el número máximo de contratos a realizar, así como los puestos de trabajo objeto de este contrato.

Asimismo, los convenios colectivos de empresa podrán establecer el número máximo de contratos a realizar en función del tamaño de la plantilla, en el supuesto de que exista un plan formativo de empresa.

Si los convenios colectivos a que se refieren los párrafos anteriores no determinasen el número máximo de contratos que cada empresa puede realizar en función de su plantilla, dicho número será el determinado reglamentariamente.»

C) En términos conciliables con esa previsión, el RD 488/1998, de 27 de marzo, por el que se desarrolla el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos formativos, venía estableciendo lo siguiente en su artículo 7.º

(«Número máximo de contratos para la formación»):

1. Los convenios colectivos de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, los convenios sectoriales de ámbito inferior, así como los convenios colectivos de las empresas que cuenten con un plan formativo, podrán establecer el número máximo de contratos para la formación que las empresas pueden celebrar en función del tamaño de su plantilla.

A efectos de lo previsto en el párrafo anterior, se entenderá por plan formativo un conjunto estructurado de acciones formativas coherentes con la actividad empresarial que incluya acciones específicamente dirigidas a trabajadores para la formación y que contemple, como mínimo, los objetivos y contenidos formativos de dichas acciones, así como los recursos necesarios para su financiación.

2. Si los convenios a que se refiere el apartado anterior no lo determinasen, el número máximo de trabajadores para la formación por centro de trabajo que las empresas pueden contratar no será superior al fijado en la siguiente escala, ajustándose las fracciones por defecto:

- a) Hasta cinco trabajadores: uno.
- b) De seis a 10 trabajadores: dos.
- c) De 11 a 25 trabajadores: tres.
- d) De 26 a 40 trabajadores: cuatro.
- e) De 41 a 50 trabajadores: cinco.
- f) De 51 a 100 trabajadores: ocho.
- g) De 101 a 250 trabajadores: 10 o el 8 por 100 de la plantilla.
- h) De 251 a 500 trabajadores: 20 o el 6 por 100 de la plantilla.
- i) Más de 500 trabajadores: 30 ó el 4 por 100 de la plantilla.

Para determinar la plantilla de trabajadores no se computará a los vinculados a la empresa por un contrato para la formación.

3. Los trabajadores minusválidos contratados para la formación no serán computados a efectos de los límites a que se refiere este artículo.

II. Regulación actual.

A) En el «BOE» de 30 agosto 2011, y con vigencia desde el día siguiente, aparece publicado el RDL 10/2011, de 26 de agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del

programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo.

Entre las «medidas para promover el empleo de los jóvenes» su artículo 1.º confiere nueva redacción al artículo 11.2 ET. Entre otros cambios, ahora desaparece la referencia a los convenios colectivos y al reglamento como cauces para limitar el número de estos contratos que las empresas pueden realizar, así como la habilitación para fijar los puestos de trabajo que es posible cubrir mediante tales contrataciones.

Surge, de este modo, la duda acerca de si esa desaparición significa que ya no es posible que los convenios colectivos establezcan limitaciones similares a las que antes podían introducir o si, por el contrario, el resultado es que los convenios poseen libertad para regular esa cuestión.

B) Más adelante, el RD 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual incide también sobre esta cuestión.

La norma alude tanto al RDL 10/2011 cuanto a la Ley 3/2012 y «sustituye las disposiciones reglamentarias anteriores relativas a los contratos de formación, incorporando las modificaciones derivadas de las citadas reformas legales en relación con aquellos aspectos relativos al contrato para la formación y el aprendizaje que requieren un desarrollo reglamentario». Por cuanto ahora interesa, deroga expresamente el artículo 7.º del RD 488/1998, antes reproducido.

III. Valoración.

En línea con lo manifestado por el Ministerio Fiscal, entendemos que la evolución normativa reseñada, cuando menos, indica una actitud diversa a la precedente. Si venía contemplándose la posibilidad de que los convenios colectivos complementasen las previsiones legales, el hecho de que la nueva Ley lo omita juega a favor de lo contrario.

No parece que la ausencia en cuestión sea una mera "omisión" u olvido del legislador, que permita entender incluido en la norma un supuesto sí contemplado anteriormente. La simple comparación de ambas redacciones del precepto evidencia que hay novedades que más que a la casualidad obedecen a la tendencia reductora de la autonomía colectiva que se ha observado en muchas cuestiones atinentes a las modalidades de contratación. El propio RDL 10/2011 no solo suprime la referencia a los convenios colectivos en el supuesto analizado, sino también en otros, como el del tiempo dedicado a la formación teórica y su distribución.

4. Teleología normativa.

I. Términos del debate.

Puesto que la Ley no excluye la posibilidad de que los convenios colectivos se ocupen de la cuestión que venimos analizando, el debate que debemos resolver viene parcialmente alimentado por la teleología que a ese silencio se asigna.

Cabe entender que la ausencia de prohibición permite que los convenios desplieguen las posibilidades que tanto la Constitución cuanto el ET admiten a su contenido. Lo contrario, sin embargo, también puede sostenerse si se concluye que el silencio legislativo, a la vista de los antecedentes normativos y de la finalidad perseguida por la nueva regulación, en realidad equivale a la voluntad de impedir que las cosas sean como antes.

II. Alcance de la regulación.

Son varios los pasajes de la exposición de motivos que acompaña a RDL 10/2011 y que inducen a pensar que ha querido vedarse a la autonomía colectiva la determinación del número de contratos formativos.

A) Por lo pronto, hay una expresa manifestación de cesura con el pasado, alejándose de las características de los precedentes contratos. La norma se aprueba

«superando la concepción tradicional del contrato para la formación, que queda derogado», desplegándose ahora «el nuevo contrato para la formación y el aprendizaje». Ese explícito deseo de romper con los parámetros previos conduce a pensar que, en caso de duda sobre si las cosas seguían igual o se habían cambiado debe optarse por lo segundo. Por tanto, más que ante un olvido o posición tolerante del legislador debe pensarse que estamos ante una exclusión tácita de la posibilidad de complementar las previsiones legales.

B) Similar deducción se obtiene si se piensa qué finalidad persigue la nueva regulación, surgida en un contexto de insoportable desempleo entre la población joven. El legislador persigue «la mejora de las oportunidades de empleo», que particulariza así:

Por lo que se refiere al nuevo contrato para la formación y el aprendizaje, se ha apuntado antes la situación particularmente negativa del empleo y del desempleo de los jóvenes y, dentro de éstos, de los que carecen de cualificación profesional alguna. En la medida que este nuevo contrato va a mejorar las oportunidades del empleo de los jóvenes, se estará contribuyendo a asentar la recuperación económica, la competitividad de nuestras empresas, la seguridad en el empleo de las personas trabajadoras y la productividad de la economía española, objetivos esenciales en una coyuntura como la actual.

Se trata de un pasaje especialmente relevante a nuestros efectos, porque la tradicional finalidad formativa de estas contrataciones queda impregnada por otra, la de fomento del empleo o inserción laboral. Al fin individual (al propio del negocio jurídico cuando ya está establecido) se añade otro colectivo (facilitar el acceso al mercado de trabajo y la cualificación del colectivo).

III. Valoración.

Puesto que estas contrataciones poseen finalidades que tienen que ver con la política de empleo (art. 40 CE) y está en juego el derecho al trabajo de quienes no lo tienen (art. 35.1 CE) consideramos que los requisitos para la celebración de contratos formativos constituyen normas de Derecho necesario.

La negociación colectiva actúa en sentido contrario al querido por el legislador si restringe las posibilidades existentes sobre puesta en juego de contratos para la formación.

La SAN recurrida parte de que la Exposición de Motivos del RDL de 2011 carece de toda indicación útil para resolver el problema examinado, pero ya hemos puesto de relieve que ello no es así. Además, que no se justifique expresamente la razón por la que se suprime determinada norma en modo alguno indica que el legislador pretenda mantener las cosas en su estado anterior.

5. Consideraciones adicionales

La sentencia recurrida y los escritos de impugnación han invocado algunos argumentos que avalan la posición contraria a la que asumimos y que ahora conviene repasar brevemente.

A) Ciertamente, nuestro sistema de negociación colectiva no está basado en la previa apertura legal de las materias que pueden abordarse. Los artículos 37 CE y 85 ET, en concordancia con numerosos textos internacionales, abocan a una libertad de contenidos solo limitada por las prohibiciones y presidida por la jerarquía normativa.

Lo que sucede es que consideramos que la regulación del contrato formativo no puede abordarse por la negociación colectiva restringiendo las posibilidades de puesta en juego, ya que eso colisiona con el alcance de la norma, interpretada a la luz de sus antecedentes y de su finalidad.

B) La supresión de trabas a esta modalidad contractual ha sido proseguida por reformas posteriores a la de 2011. Es decir, las normas posteriores han confirmado la tendencia liberalizadora apuntada.

La Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, flexibiliza las posibilidades de celebración del contrato con trabajadores que cursen formación profesional del sistema educativo. También, el límite de edad puede superarse si se contrata a trabajadores discapacitados (o en situación de exclusión social contratados por empresas de inserción).

La DF 3.^a del Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo modifica la Ley 14/1994, sobre Empresas de Trabajo Temporal para disponer que «podrán celebrarse contratos de puesta a disposición entre una empresa de trabajo temporal y una empresa usuaria en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la empresa usuaria podría celebrar un contrato para la formación y el aprendizaje». Esa misma previsión es confirmada, al cabo, por la Ley 11/2013.

La Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral, establece diversos principios en la materia, tales como mejorar la empleabilidad de los trabajadores y permitir el ejercicio del derecho a obtener una formación acorde con las necesidades del mercado de trabajo.

C) Que la Autoridad Laboral no haya accionado frente convenios colectivos que contienen previsiones similares al ahora impugnado carece de trascendencia para valorar si se produce el desajuste que estamos afirmando. En todo caso, recordemos que resulta imposible invocar un pretendido derecho al trato igual en la ilegalidad.

D) Que los convenios colectivos del sector de Turrone y Mazapanes hayan venido conteniendo una regulación similar a la que ahora consideramos ilegal en modo alguno sirve como argumento para descartar la virtualidad de la primacía de la Ley sobre el pacto de los agentes sociales. En todo caso, los convenios concluidos antes de que estuviera vigente el RDL de 2011, por definición, ni siquiera pueden tenerse en cuenta a tales efectos dialécticos, ya que operaban sobre unas bases normativas diversas a las actuales, sobre un modelo de contrato formativo distinto al actual.

E) Muchas veces se ha dicho que el contrato de trabajo formativo posee una causa mixta por referencia a la prestación de actividad laboral y adquisición de formación. A ella, sin duda y con independencia del juicio que ello merezca, ahora hay que añadir la virtualidad de fomento del empleo. Esta última vertiente se contradice cuando los convenios colectivos introducen restricciones no queridas por el legislador. De ahí la atinada denuncia de la Autoridad Laboral y la inesquivable consecuencia de la ilegalidad del pasaje contenido en el 12.2.1.1 del convenio colectivo examinado.

F) No podemos compartir la reflexión sobre dumping social que se anuda a la celebración numerosa de estas contrataciones y que, en puridad, llevaría a eliminar cualesquiera heterogeneidades en las distintas clases de contratos (bonificaciones o exenciones en la cotización, incentivos fiscales, etc.). El incumplimiento de las numerosas exigencias que esta modalidad contractual impone a la empresa es lo que, a buen seguro, comportaría esa indeseable actuación. No, desde luego, el desarrollo del contrato formativo con arreglo a los requerimientos normativos.

La evitación de efectos indeseados impregna la compleja regulación que de este tipo de contrato se realiza en los diferentes apartados del art. 11.2 ET: requisitos en cuanto a la edad de los trabajadores; duración mínima y máxima de las contrataciones; imposibilidad de celebrar contratos para la formación y el aprendizaje cuando el puesto de trabajo correspondiente al contrato haya sido desempeñado con anterioridad por el trabajador; obligatoriedad de recibir la formación inherente al contrato para la formación y el aprendizaje directamente en un centro formativo de la red a que se refiere la disposición adicional quinta de la Ley Orgánica 5/2002; etc.

G) Tampoco estamos negando la virtualidad de la negociación colectiva para intervenir en el ámbito de las contrataciones formativas. Sin contrariar la literalidad o la finalidad de la regulación heterónoma, puede desarrollar o clarificar su alcance, adoptar cautelas para que se cumplan los mandatos normativos (sobre tutela, horarios, formación, etc.).

6. Conclusión.

La finalidad de inserción laboral que ahora posee el contrato para la formación, el contraste con la regulación precedente y los argumentos recién expuestos conducen a la estimación del primer submotivo del recurso. Consideramos contraria a Derecho la limitación numérica contenida en el artículo 12.2.1.1 del convenio colectivo examinado.

Quinto. *Limitación funcional de los contratos formativos.*

1. Términos de lo convenido.

El Anexo II del Convenio Colectivo describe los distintos grupos profesionales: Técnicos Titulados, Técnicos No titulados, Oficina Técnica de organización, Técnicos de Proceso de Datos, Administrativos, mercantiles, Personal de Producción, Personal de Acabado, Envasado y Empaquetado, Personal de Oficios Auxiliares y Subalternos.

Respecto de cada uno de ellos se indica si cabe la celebración de contratos en prácticas y de contratos para la formación. En concreto, estos últimos son admitidos para todos los casos excepto Técnicos Titulados de grado superior o medio; Jefes de Proceso de Datos, Analistas y Jefe Programador de Ordena; Peón; y Mozo de Almacén.

2. Términos del debate.

A) La SAN 91/2017 utiliza varios argumentos para cimentar su conclusión de que la regulación es válida: 1.º) Que el art. 11.1.a ET permite a los convenios determinar los puestos en que cabe utilizar los contratos de trabajo en prácticas y que no hay inconveniente en que así suceda también con los contratos para la formación. 2.º) Que las exclusiones del Convenio analizado no impiden o limitan significativamente su utilización. 3.º) Que no se ha practicado prueba alguna de que «algunos de los puestos vetados podrían cubrirse legalmente mediante la modalidad contractual controvertida».

B) El recurso de casación considera que estamos ante una cláusula convencional limitadora y traslada las mismas reflexiones que las desarrolladas respecto de la limitación numérica.

C) Las impugnaciones al recurso abundan en la línea argumental de la sentencia recurrida.

D) El Ministerio Fiscal considera que la intención del legislador es la misma que en el ya examinado tema del límite numérico.

3. Consideraciones del Tribunal.

A) No creemos que la previsión contenida en el artículo 11.1 ET respecto de los contratos en prácticas pueda aplicarse, ni siquiera por analogía, a los de carácter formativo. Más bien hay que pensar lo contrario, habida cuenta de que el mismo artículo de la Ley en un caso contempla la posibilidad y en el otro la omite. En todo caso, estamos ante dos regulaciones paralelas e independientes.

Tampoco pensamos que el convenio colectivo pueda restringir las posibilidades de celebración de estos contratos. Debemos dar por reproducidos los argumentos expuestos en el apartado anterior, respecto del número de ellos que cabe desplegar en cada empresa.

B) Lo que sucede aquí es que el legislador no ha querido que estas contrataciones puedan ponerse en juego para desempeñar cualesquiera cometidos o puestos de trabajo. Así se pone de relieve cuanto el artículo 11.2 ET delimita le objeto principal de estas contrataciones («la cualificación profesional de los trabajadores en un régimen de alternancia de actividad laboral retribuida en una empresa con actividad formativa»), excluye de modo indirecto la actividad que requiera estar en posesión de titulaciones aptas para el contrato en prácticas («que carezcan de la cualificación profesional reconocida por el sistema de formación profesional para el empleo o del sistema educativo requerida para concertar un contrato en prácticas») o establece la necesaria

conexión entre las tareas desarrolladas y la formación recibida («La actividad laboral desempeñada por el trabajador en la empresa deberá estar relacionada con las actividades formativas»).

Por lo tanto, no toda limitación convencional a la utilización de estos contratos puede considerarse contraria a la Ley, sino solo aquella que los excluya respecto de puestos de trabajo aptos para ser ocupados a su través. Puesto que la Ley establece límites debe considerarse válido el convenio que reitere, explicita o precise cómo han de interpretarse (señaladamente, al tener en cuenta la concreta actividad desplegada en su ámbito funcional).

C) A partir de esas sencillas premisas ya podemos concluir que no existen razones para anular el pronunciamiento acogido por la sentencia de la Audiencia Nacional, por argumentos de signo tanto negativo cuanto positivo.

Por un lado, recordemos que la casación es recurso extraordinario y que no compete al Tribunal construir argumentos o detectar denuncias más allá de las expuestas en el escrito de formalización. En el presente caso no encontramos argumentación específica para mostrar la vulneración legal cometida por la sentencia recurrida (indirectamente, claro, por el convenio enjuiciado) en la cuestión atinente al contenido del Anexo II. Como acabamos de advertir, mientras que es clara la intención legislativa de eliminar las restricciones derivadas de la limitación numérica de estas contrataciones no sucede lo mismo con el tipo de puestos de trabajo que pueden desempeñarse, limitados tanto si es que requieren de una titulación adecuada para la contratación en prácticas cuanto si es que son tan escasamente cualificados que no permiten una razonable conexión entre tareas productivas y formación.

Por otra parte, la sentencia recurrida explica que los concretos puestos vedados por el Anexo II del Convenio (Técnicos Titulados de grado superior o medio; Jefes de

Proceso de Datos, Analistas y Jefe Programador de Ordena; Peón; y Mozo de Almacén) no parece que pudieran cubrirse legalmente mediante contratos para la formación y que no se ha practicado prueba en contrario.

D) Coincidiendo con el enfoque dado por la SAN a la cuestión, consideramos que los puestos excluidos de la posible contratación formativa parecen estar al margen de lo permitido por la Ley, sea porque presuponen una titulación con elevado nivel (hábil para una contratación en prácticas), sea porque refieren a funciones sin cualificar (y no parece que permitan una verdadera formación). Esa razonable exclusión no se ha combatido tampoco en el recurso de casación, por lo que el submotivo debe fracasar.

Sexto. *Delimitación de las horas extraordinarias.*

1. Términos de lo convenido.

La tercera y última previsión del convenio cuya ilegalidad preconiza la DGE (desestimada por la sentencia) va referida a la tipificación de las horas extraordinarias que refleja el artículo 28 del convenio colectivo. Recordemos su tenor:

«Ante la grave situación de paro existente y con objeto de favorecer el empleo, ambas partes acuerdan la conveniencia de reducir al mínimo indispensable las horas extraordinarias de conformidad con los siguientes criterios:

- a) Se suprimirán las horas extraordinarias habituales.
- b) Las horas extraordinarias exigidas por la reparación de siniestros u otros daños extraordinarios o urgentes, así como los casos de riesgos de pérdidas de materias primas, demora en el abastecimiento de materias primas, por causas del transporte y la terminación de tareas de almacenamiento, así como la carga y descarga de productos perecederos, en estos dos últimos casos por causas extraordinarias, serán de obligada realización.

c) Las horas extraordinarias que tengan su causa en pedidos o periodo punta de producción, ausencias imprevistas, cambios de turno, labores de mantenimiento u otras

circunstancias de carácter estructural, serán de libre aceptación por el trabajador y no podrán exceder de ochenta al año. Cuando sea posible, se procurará la contratación temporal o a tiempo parcial, previstas en las disposiciones generales.»

2. Términos del debate.

A) La DGE cuestiona la legalidad del apartado b); considera que las horas extraordinarias allí referidas no pueden subsumirse en el art. 35.3 ET (que las excluye del cómputo a efectos del tope máximo de 80 horas anuales previsto en el art. 35.2 ET).

B) La SAN recurrida sostiene que los supuestos previstos en ese apartado del convenio constituyen potencialmente daños extraordinarios y urgentes, porque el sector trabaja con productos perecederos, sometidos, a severos controles sanitarios, que justifican cumplidamente que se incluyan en los supuestos del art. 35.3 ET a todos los efectos.

C) El recurso de casación considera que el artículo 1575 CC define el caso fortuito en términos incompatibles con la sentencia recurrida. Para que operase la excepción habría de examinarse cada caso, sin que pueda contemplarse de manera genérica y apriorística.

D) Las tres impugnaciones rechazan la traslación del concepto civil de caso fortuito al supuesto examinado y consideran que el convenio ha realizado una aplicación razonable del supuesto.

E) El Fiscal considera que no cabe entender comprendido en el art. 35.3 ET cualquier riesgo de pérdida de materias primas causado «por problemas de transporte, terminación de tareas de almacenamiento, así como la carga y descarga de productos perecederos», considerándolos como «potencialmente extraordinarios y urgentes.»

3. Alcance de la regulación legal.

A) La solución a este tercer problema pasa por examinar el alcance del artículo 35.3 ET pues solo entonces será posible determinar si el convenio de Turrónes y Mazapanes supera sus límites. A tal efecto es imprescindible comenzar examinando con detalle el tenor del precepto:

«No se tendrá en cuenta, a efectos de la duración máxima de la jornada ordinaria laboral, ni para el cómputo del número máximo de las horas extraordinarias autorizadas, el exceso de las trabajadas para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes, sin perjuicio de su compensación como horas extraordinarias.»

B) Una elemental exégesis de la norma lleva a subrayar dos elementos del supuesto: 1.º) No es necesario que se haya producido ya la contingencia (siniestro, daño) puesto que se contempla tanto la reparación cuanto la prevención. 2.º) El acontecimiento que activa el peculiar régimen del trabajo de emergencia se define como daño extraordinario y urgente, debiendo concurrir ambas notas al tiempo.

De este modo, por ejemplificar, es seguro que quedan al margen de la regla los trabajos propios de la actividad normal de una empresa que pueden y deben ser objeto de la necesaria programación (paradas de suministro eléctrico previstas en la tarifa contratada, tareas periódicas de limpieza o mantenimiento, aumento de la demanda a causa de la climatología propia de la estación, incidencias ordinarias en el suministro de materia prima, etc.). Ahora bien, exigir que toda avería previsible pueda ser reparada dentro de los límites de la jornada ordinaria y extraordinaria normal, supone prácticamente eliminar el real contenido aplicativo del art. 35.3 ET.

C) No cabe duda de que la regla del artículo 35.3 ET es norma de Derecho necesario. Así lo entiende la STS 18 julio 1995 (rec. 949/1994), considerando contrario al ET el convenio colectivo en el que aparecen como estructurales «tanto las extraordinarias efectuadas en períodos punta de producción, como las de mantenimiento

y seguridad, las necesarias para la preparación y lanzamiento de nuevos productos, realización de inventarios y las producidas por averías».

Tampoco parece ocioso recordar que «la superación del límite máximo de horas extraordinarias no varía la naturaleza salarial del correlativo devengo, ni altera en forma alguna el derecho a percibirlo y la obligación empresarial de satisfacerlo [...] para la que el empresario no puede invocar la limitación legal para liberarse de su pago (art. 9.2 ET [...]). Se trata de un trabajo cuya contraprestación retributiva ha de ser atendida en la forma legalmente establecida o en la válidamente pactada, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas que resulten exigibles» (STS 29 noviembre 2006, rec. 4100/2005).

4. Valoración del Tribunal.

La equiparación entre el caso fortuito previsto en el art. 1575 CC al regular los arrendamientos rústicos («Entiéndase por casos fortuitos extraordinarios: el incendio, guerra, peste, inundación insólita, langosta, terremoto u otro igualmente desacomunado, y que los contratantes no hayan podido racionalmente prever») y la hipótesis del artículo 35.3 ET («siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes») no nos parece sostenible, por excesivamente reduccionista.

La posibilidad de acudir a las horas extraordinarias de emergencia, ciertamente, debe ser excepcional y contemplarse con criterios restrictivos, pero sí ha de atenerse a las exigencias de daños extraordinarios y urgentes, lo que concuerda con la nota de imprevisibilidad y desbordamiento del riesgo empresarial inherente a la ajenidad.

Pensamos que la propia redacción del pasaje convencional cuestionado ya indica, por sí misma, el deseo de los negociadores de ajustarse al marco legal, pues contempla las dos hipótesis incorporadas al artículo 35.3 ET pero las ordena de diverso modo. Por una parte aparece la mitigación de los daños sufridos (reparación de siniestros u otros daños extraordinarios o urgentes) y por otra se lista un elenco de supuestos (riesgos de pérdidas de materias primas, demora en el abastecimiento de materias primas, por causas del transporte y la terminación de tareas de almacenamiento, así como la carga y descarga de productos perecederos, en estos dos últimos casos por causas extraordinarias) en los que prima la prevención del daño, su evitación o minoración.

La SAN recurrida considera que el convenio está interpretando o explicitando hipótesis subsumibles en el mandato legal, no ampliándolo. Se trata de una interpretación razonable y que invita a no declarar la ilegalidad del precepto examinado, toda vez que cabe su interpretación conforme al artículo 35.3 ET: los supuestos enunciados permiten la activación de las horas extras siempre que puedan considerarse extraordinarios y urgentes, no en cualesquiera otros casos. Las eventuales discusiones acerca de si en un supuesto concreto se está dentro o fuera del artículo 35.3 ET, en suma, no pueden resolverse con una interpretación *contra legem* del convenio.

Se nos pide que declaremos la ilegalidad del artículo 28.b) porque el recurrente descarta esa opción interpretativa, pero no compartimos que ello sea así. Y ya hemos dejado dicho que la ilegalidad del convenio solo debe proclamarse cuando el mismo sea claramente incompatible con las normas de superior jerarquía.

En consecuencia, este tercer submotivo del recurso no puede prosperar.

Séptimo. Resolución.

Los argumentos que hemos ido desgranando conducen a que prospere la primera de las pretensiones del recurso, tal y como ha interesado el Ministerio Fiscal; sin embargo, no puede suceder así con las otras dos, habida cuenta de que las prescripciones cuestionadas pueden interpretarse de modo que no resulten contrarias a las reglas concordantes del ET. De este modo:

A) La finalidad de inserción laboral que ahora posee el contrato para la formación, el contraste con la regulación precedente y los argumentos recién expuestos conducen a

la estimación del primer submotivo del recurso. Consideramos contraria a Derecho la limitación numérica contenida en el artículo 12.2.1.1 del convenio colectivo examinado.

B) Los puestos excluidos de la posible contratación formativa por el Anexo II del Convenio concuerdan con lo establecido por la Ley, sea porque presuponen una titulación con elevado nivel (hábil para una contratación en prácticas), sea porque refieren a funciones sin cualificar (y no parece que permitan una verdadera formación).

C) Las previsiones sobre horas extraordinarias de emergencia o necesidad que contiene el artículo 28 del convenio colectivo no colisionan con la regulación legal siempre que se interpreten de conformidad con las exigencias del artículo 35.3 ET.

Puesto que el convenio colectivo en cuestión no ha sido publicado en el BOE tampoco es necesario publicar en el periódico oficial esta sentencia (art. 166.3 LRJS), pese a resultar parcialmente anulatoria.

FALLO

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

1) Estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de 21 de junio de 2017, en autos n.º 144/2017, seguidos a instancia de dicha recurrente contra la Asociación Española de Fabricantes de Turrónes y Mazapanes (TUMA), Asociación de Fabricantes del Turrón, Derivados y Chocolates de la Comunidad Valenciana (TDEC), Federación de Industria de Comisiones Obreras, Federación de Industria, Construcción y Agro y de la UGT (FICA-UGT) y el Ministerio Fiscal, sobre convenio colectivo.

2) Declarar la nulidad del artículo 12.2.1.1 del Convenio Colectivo Estatal del Sector de Industrias de Turrónes y Mazapanes, suscrito el 15 de diciembre de 2016, que limita las contrataciones formativas que cada empresa puede realizar atendiendo a la dimensión de su plantilla.

3) Desestimar las otras pretensiones del recurso, sin que haya lugar a la imposición de costas a ninguna de las partes intervinientes.

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

Así se acuerda y firma.

CASACIÓN NÚM.: 221/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

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

AUTO DE ACLARACIÓN

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.:

D. Jesús Gullón Rodríguez, presidente.

D.ª María Luisa Segoviano Astaburuaga.

D.ª Rosa María Virolés Piñol.

D. Antonio V. Sempere Navarro.

D. Ángel Blasco Pellicer.

En Madrid, a 17 de enero de 2019. Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

Antecedentes de hecho

Primero.

Con fecha 20 de noviembre de 2018 esta Sala dictó su sentencia 968/2018 (rec. 221/2017). Resuelve el recurso de casación interpuesto por la Dirección General de Empleo –Ministerio de Empleo y Seguridad Social–, representada y defendida por el Abogado del Estado, contra la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de 21 de junio de 2017, en autos n.º 144/2017, seguidos a instancia de dicha recurrente contra la Asociación Española de Fabricantes de Turrónes y Mazapanes (TUMA), Asociación de Fabricantes del Turrón, Derivados y Chocolates de la Comunidad Valenciana (TDEC), Federación de Industria de Comisiones Obreras, Federación de Industria, Construcción y Agro y de la UGT (FICAUGT) y el Ministerio Fiscal, sobre convenio colectivo.

Segundo.

En su parte dispositiva, la Sala realiza los siguientes pronunciamientos:

1) Estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de 21 de junio de 2017, en autos n.º 144/2017, seguidos a instancia de dicha recurrente contra la Asociación Española de Fabricantes de Turrónes y Mazapanes (TUMA), Asociación de Fabricantes del Turrón, Derivados y Chocolates de la Comunidad Valenciana (TDEC), Federación de Industria de Comisiones Obreras, Federación de Industria, Construcción y Agro y de la UGT (FICA-UGT) y el Ministerio Fiscal, sobre convenio colectivo.

2) Declarar la nulidad del artículo 12.2.1.1 del Convenio Colectivo Estatal del Sector de Industrias de Turrónes y Mazapanes, suscrito el 15 de diciembre de 2016, que limita las contrataciones formativas que cada empresa puede realizar atendiendo a la dimensión de su plantilla.

3) Desestimar las otras pretensiones del recurso, sin que haya lugar a la imposición de costas a ninguna de las partes intervinientes.

Tercero.

Al final de su Fundamento de Derecho Séptimo la STS 968/2018 afirma lo siguiente: Puesto que el convenio colectivo en cuestión no ha sido publicado en el «BOE» tampoco es necesario publicar en el periódico oficial esta sentencia (art. 166.3 LRJS), pese a resultar parcialmente anulatoria.

Cuarto.

Mediante escrito de 7 de diciembre de 2018 el Abogado del Estado solicita que se rectifique el error material padecido respecto de la ausencia de publicación del convenio colectivo, habida cuenta de que la misma sí se ha producido.

Fundamentos de derecho

Primero. *La corrección de errores o defectos en las sentencias.*

El artículo 267 LOPJ dispone en sus primeros apartados lo siguiente:

1. Los tribunales no podrán variar las resoluciones que pronuncien después de firmadas, pero sí aclarar algún concepto oscuro y rectificar cualquier error material de que adolezcan.

2. Las aclaraciones a que se refiere el apartado anterior podrán hacerse de oficio dentro de los dos días hábiles siguientes al de la publicación de la resolución, o a

petición de parte o del Ministerio Fiscal formulada dentro del mismo plazo, siendo en este caso resuelta por el tribunal dentro de los tres días siguientes al de la presentación del escrito en que se solicite la aclaración.

3. Los errores materiales manifiestos y los aritméticos en que incurran las resoluciones judiciales podrán ser rectificadas en cualquier momento.

4. Las omisiones o defectos de que pudieren adolecer sentencias y autos y que fuere necesario remediar para llevarlas plenamente a efecto podrán ser subsanadas, mediante auto, en los mismos plazos y por el mismo procedimiento establecido en el apartado anterior.

En parecidos términos se expresan los arts. 214 y 215 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que prevén la invariabilidad de las resoluciones judiciales después de firmadas y la posibilidad de que puedan ser objeto de aclaración respecto de algún concepto oscuro, y de rectificación de cualquier error material y aritmético, además de la posibilidad de subsanación y complemento en los términos previstos en el último de los preceptos citados.

Segundo. *El error padecido en la sentencia.*

Sin repercusión alguna en su fundamentación jurídica, o en la parte dispositiva, la STS 969/2018, de 20 noviembre concluye que la estimación parcial del recurso (y consiguiente declaración de nulidad del artículo 12.2.1.1 del Convenio Colectivo Estatal del Sector de Industrias de Turrónes y Mazapanes, suscrito el 15 de diciembre de 2016, que limita las contrataciones formativas que cada empresa puede realizar atendiendo a la dimensión de su plantilla) no genera la necesidad de que la misma aparezca en el «Boletín Oficial del Estado», habida cuenta de que el convenio tampoco había sido publicado en él.

Al margen de que esta Sala no haya tomado conocimiento de ello a lo largo del procedimiento, lo cierto es que con posterioridad a dictarse la Sentencia de la Audiencia Nacional recurrida, el Convenio Colectivo en cuestión apareció publicado.

El «BOE» n.º 170, de 18 de julio de 2017, en sus páginas 62601 a 62629 inserta la Resolución de 7 de julio de 2017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo para las industrias de turrónes y mazapanes.

Tercero. *El mandato del artículo 166.3 LRJS.*

El artículo 166 LRJS («Celebración del juicio y sentencia») cierra el Capítulo dedicado a regular la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos y en su número 3 dispone lo siguiente:

Quando la sentencia sea anulatoria, en todo o en parte, del convenio colectivo impugnado y éste hubiera sido publicado, también se publicará en el Boletín Oficial en que aquél se hubiere insertado.

Cuarto. *Corrección procedente.*

A la vista de cuanto antecede, es claro que debemos realizar una doble corrección.

En primer lugar, debe sustituirse el último párrafo del Fundamento de Derecho Séptimo (ya transcrito en el Antecedente Tercero) por el siguiente texto:

«Puesto que el convenio colectivo en cuestión ha sido publicado en el BOE de 18 de julio de 2017 es necesario publicar en el periódico oficial esta sentencia (art. 166.3 LRJS), parcialmente anulatoria del mismo».

En segundo término, cuando al final de la sentencia se incluye la fórmula «Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa», hay que añadir un nuevo párrafo con el siguiente texto: «Asimismo, de conformidad con lo previsto en el artículo 166.3 LRJS, la presente sentencia deberá publicarse en el «Boletín Oficial del Estado».

Quinto.

Contra este Auto no cabe recurso alguno, por aplicación de los arts. 214.4 LEC y 215.5 LEC, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 267.8 LOPJ («No cabrá recurso alguno contra los autos o decretos en que se resuelva acerca de la aclaración, rectificación, subsanación o complemento a que se refieren los anteriores apartados de este artículo, sin perjuicio de los recursos que procedan, en su caso, contra la sentencia, auto o decreto a que se refiera la solicitud o actuación de oficio del Tribunal o del Letrado de la Administración de Justicia»).

Parte dispositiva

La Sala acuerda:

1) Sustituir el último párrafo del Fundamento de Derecho Séptimo de la STS 968/2018 de 20 de noviembre por el siguiente: «Puesto que el convenio colectivo en cuestión ha sido publicado en el «BOE» de 18 de julio de 2017 es necesario publicar en el periódico oficial esta sentencia (art. 166.3 LRJS), parcialmente anulatoria del mismo».

2) Añadir, al final de la fórmula que reza «Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa» el siguiente texto: «Asimismo, de conformidad con lo previsto en el artículo 166.3 LRJS, la presente sentencia deberá publicarse en el «Boletín Oficial del Estado».

Frente a esta resolución no cabe interponer recurso alguno.
Así se acuerda y firma.