

continuara prestando servicios en la empresa usuaria, se le considerará vinculado a la misma por un contrato indefinido". 4) Por ello, el cese litigioso conforma un despido improcedente cuyas consecuencias, tal como refleja la Sentencia de instancia aunque por motivos distintos a los que consignamos, también ha de afrontar la ahora recurrente.

SEXTO.- De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 201 y 202 LPL, ha de darse el respectivo destino legal a cada uno de los depósitos y consignaciones efectuados por las empresas recurrentes; con arreglo al artículo 233.1 LPL, "A.M., S.A." ha de abonar los honorarios del Sr. Letrado de la parte actora impugnante en cuantía de veinticinco mil pesetas.

Por todo ello,

Fallamos

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por "F., S.A." ETT y desestimamos el formulado por "A.M., S.A." contra la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Orense, pronunciada el ocho de mayo de mil novecientos ochenta y ocho en sus autos nº 785/97, revocamos en parte dicha resolución, fijamos la indemnización que corresponde a la trabajadora demandante en doscientas cuarenta y ocho mil ochocientas dieciséis pesetas (248.816 pts) y sus salarios de tramitación por importe de tres mil novecientas tres pesetas diarias (3.903 pts/día), confirmándola en los restantes pronunciamientos que contiene.

2601 RECURSO N° 5.297/98

S. S.

DESPEDIMENTO OBXECTIVO PROCEDENTE, Ó ACREDITÁRENSE PERDAS IMPORTANTES DA EMPRESA DETERMINANTES DE QUE A SÚA SITUACIÓN POIDA CONSIDERARSE NEGATIVA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Adolfo Fernández Facorro

A Coruña, a cinco de febrero de mil novecientos noventa y nueve.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia,

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 5.297/98, interpuesto por doña M.A.P.V., contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña M.A.P.V. en reclamación de despido, siendo demandado "F.A.", en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 676/98 sentencia con fecha 19 de octubre de 1998 por el Juzgado de referencia, que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1º) Que la actora, doña M.A.P.V., vino prestando servicios para la demandada con una antigüedad del 07.07.97, con la categoría profesional de "Trabajadora Social" y percibiendo un salario mensual de 165.359 pesetas con prorrata de pagas extraordinarias.- 2º) Que en fecha 26.06.98 la empresa demandada entregó a la actora carta de despido con efectos de 26.07.98, del siguiente tenor literal: "Mediante el presente escrito, para dar cumplimiento a lo establecido en el art. 53.1 del Estatuto de los Trabajadores, le comunico la extinción de su contrato de trabajo, que tendrá efectos con fecha 26 de julio de 1998. La extinción del contrato, se funda en la causa prevista en el art. 52.c), en relación con el 51.1 del mismo Texto Legal, al existir la necesidad de amortizar puestos de trabajo por causas económicas. Dichas causas se concretan en la imposibilidad de hacer frente a la estructura de gasto de la Fundación, por ser muy superior a los ingresos previstos. Asimismo, de acuerdo con lo previsto en el art. 53.b), del ya referido Estatuto de los Trabajadores, se hace constar, que por razones derivadas de la situación financiera de la Fundación, no es posible en este momento poner a su disposición las cantías indemnizatorias previstas en este apartado".- 3º) Que la empresa demandada viene sufriendo desde principio del presente año una crisis económica que conllevó el no abono de los salarios a los trabajadores desde el mes de julio de 1998 hasta la actualidad, habiendo solicitado a la Seguridad Social el aplazamiento en el abono de las cuotas debidas a la Dirección Provincial del I.N.S.S. de dicho Organismo.- 4º) Que la "F.A." en fecha 30.06.98, según informe pericial unido a las actuaciones tiene deudas pendientes de pago en cuantía de 9.555.214 pesetas.- 5º) Que la actora no ha ostentado durante el último año la representación

de los trabajadores.- 6º) Que se ha celebrado “sin efecto” acto de conciliación ante el SMAC”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: ‘‘Fallo: Que desestimando la demanda interpuesta por doña M.A.P.V., contra la empresa “F.A.”, debo absolver y absuelvo a dicho demandado de los pedimentos contenidos en la demanda’’.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestima la demanda de la actora y declara ajustado a derecho su despido por causas objetivas, decisión que impugna a través de diversos motivos de revisión probatoria y otros de denuncia de normativa jurídica infringida.

En lo que al primer extremo se refiere, se propone la modificación de los ordinales tercero y cuarto de la sentencia y su sustitución por un único hecho con el texto alternativo que se ofrece, fundándose en el informe pericial que obra a los folios 162 y 163 de autos, aportado por la propia empresa como prueba y que ha sido interpretado inadecuadamente por la juzgadora de instancia. No procede efectuar dicha modificación, porque del informe en cuestión se deducen datos objetivos que ha tomado en cuenta la sentencia de instancia, sobre todo en lo que se refiere a la cuenta de explotación que determina la existencia de un déficit a 30 de junio de 1998 y como resultado de la gestión del primer semestre de dicho año, pero los restantes datos en los términos en que se pretenden introducir supone valoraciones y no simple consignación de extremos que resulten de dicha pericial, pues es evidente que, aunque haya habido superávit en los años 96 y 97, ello se refiere a cuenta de explotación pero no a la existencia de deudas totales que por importe superior a 9.000.000 de pesetas consigna también el propio informe. No hay inconveniente, en cambio, en suprimir la referencia a la situación de crisis económica de la empresa, en tanto puede suponer predeterminación del fallo.

También en sede fáctica se postula la introducción de dos nuevos hechos en los que se haga constar que la Fundación demandada ha sido clasificada como benéfico-asistencial por Orden de 13 de marzo de 1996, según consta en el D.O.G. y que fue constituida el 12 de febrero de dicho año por reunir los requisitos legalmente exigidos en la normativa

reguladora de las Fundaciones de interés gallego; asimismo, pretende que se transcriba el contenido de los arts. 11, 19 y 21 de la Ley 11/91, de 8 de noviembre.

No ha lugar a introducir dichos extremos, los primeros en tanto no son cuestionados en autos y lo que se refiere al contenido de normas legales por cuanto, evidentemente, no es una cuestión fáctica.

Y por último se pretende que se haga constar que la Fundación demandada tiene suscrito un convenio de colaboración con la Consellería de Sanidad y Servicios Sociales en cuyas cláusulas se establece la forma en que se podrán financiar las diferencias entre las aportaciones de la Xunta y el coste real de las plazas. Extremo que tampoco cabe añadir por las mismas razones anteriormente aducidas, ya que nadie ha debatido el contenido de ese convenio de colaboración, otra cosa es su posible alcance interpretativo en orden a lo que en autos se debate que podría ser objeto de análisis por vía de denuncia jurídica.

SEGUNDO.- En orden a derecho se denuncia la infracción del art. 53.c) del ET. en su actual redacción, ya que a la vista de la comunicación dirigida a la actora por la que se extingue su contrato de trabajo, entiende la recurrente que no reúne los mínimos requisitos formales para cumplir la finalidad legalmente establecida, cuando se limita a señalar que la causa de su cese es la imposibilidad de hacer frente a la estructura de gasto de la Fundación, por ser muy superior a los ingresos previstos. Referencia tan genérica determina la indefensión de la trabajadora, al no conocer exactamente la razón y cuantía de las causas económicas alegadas.

La denuncia no alcanza éxito, aunque pudiera admitirse que la comunicación impugnada no es excesivamente detallada, sin embargo no es tan imprecisa y genérica como se alega, cuando señala que la causa del cese de la trabajadora es la necesidad de amortizar un puesto de trabajo ante la imposibilidad de hacer frente a los gastos de la Fundación, por superar aquéllos a los ingresos previstos, hasta el extremo de que, añade la carta, no le es posible a la empresa poner a disposición de la trabajadora la correspondiente indemnización.

Como se indicó, puede considerarse excesivamente somera la comunicación, pero no determina la indefensión de la trabajadora si como resulta de la propia sentencia la situación económica deficitaria era sobradamente conocida por todos los trabajadores, que no percibían incluso sus salarios con regularidad, y que dio lugar a la existencia de múltiples reuniones con los representantes de la

empresa para buscar soluciones, entre las que se acordó el cese no sólo de la actora, sino de otra trabajadora por las referidas causas. Poco añadiría a los efectos debatidos el que la carta de cese hubiese señalado cuál era el importe cuantitativo de las pérdidas o el volumen total de las deudas de la empresa, como se ha precisado en acto de juicio.

TERCERO.- También en orden a derecho se denuncia infracción por errónea interpretación del precepto anteriormente citado del ET, en relación con los arts. 19 y 21.2 de la Ley 11/91, de 8 de noviembre, con el art. 22 de la Ley 7/83, de 22 de junio, y con el art. 11 de los Estatutos de la Fundación. Dichos preceptos establecen que las Fundaciones actuarán bajo la protección de la Xunta de Galicia, ante la que habrán de presentar sus presupuestos anuales, estableciendo el art. 11 de los Estatutos que el costo de los servicios que no pueda ser satisfecho por las rentas del capital fundacional o por las aportaciones de terceros, será satisfecho por los beneficiarios, por lo que una vez aprobado el presupuesto para 1998, que debió ser aprobado por la Xunta, el posible déficit habrá de suplirse de la forma indicada.

Por último, entiende la recurrente que pese a lo que se declara probado la Fundación no se encuentra en una situación de crisis económica definitiva, sino coyuntural, en tanto existen subvenciones o aportaciones que no han sido abonadas, tanto por la Xunta como por el Ayuntamiento de La Coruña, así como deudas de clientes y cuotas de usuarios, además del superávit de los años 96 y 97.

La denuncia tampoco puede alcanzar éxito, ya que la recurrente se limita, de un lado a señalar la inexistencia de una situación deficitaria que estima coyuntural, tesis que no se puede compartir si se atiende al importe de la deuda contraída en el primer semestre de 1998 que se acerca a los 7.000.000 ptas, lo que supone además una deuda total cercana a los 10.000.000 ptas, que no puede estimarse meramente coyuntural, es decir, referida exclusivamente a dicho año, cuando todo ello va unido a reiterados impagos de salarios de los trabajadores, descubierto de cuotas de Seguridad Social, con solicitud de aplazamiento, e incluso ejecuciones judiciales contra la demandada por impago de cantidades legalmente reconocidas. Ha de precisarse al respecto que el propio T.S. en su sentencia de 24 de abril de 1996 señala que basta que una empresa posea pérdidas importantes para que la situación pueda considerarse negativa, sin que se exija que haya de ser irreversible, precisamente la Ley 11/94 lo que hizo fue flexibilizar la amortización de puestos de trabajo, y según entiende la doctrina, si aquélla sólo exige la concurrencia de una situación económica negativa,

ha de concluirse que se da el supuesto legal cualquiera que sea la intensidad de la referida negatividad.

Así las cosas, la afirmación de que en dichas circunstancias la solución debe ser otra distinta que la adoptada, no deja de ser una afirmación subjetiva de la propia recurrente, pues acudir a una línea de crédito como sugiere, supondría vulnerar también la normativa en la que fundamenta los extremos del recurso, en definitiva, lo que viene exigiéndose jurisprudencialmente para que sea procedente un despido objetivo es que existan una situación de pérdida real, extremo que no ofrece duda en el caso de autos, y que la medida de amortización de puesto de trabajo acordada contribuya de algún modo a su disminución o amortización y haga posible la viabilidad futura de la misma, aunque no esté garantizada por la aplicación de dicha medida. Un supuesto que ofrece analogía con el caso de autos lo contempla el T.S. en su sentencia de 28 de enero de 1998, y en términos generales afirma que resulta lógico entender que la eliminación del coste económico que supone un puesto de trabajo en una empresa que atraviesa una situación económica desfavorable, debe contribuir a superarla, por ello, la sentencia que declara procedente el cese de la actora no ha infringido los preceptos denunciados y ha de ser confirmada con desestimación del recurso.

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por doña M.A.P.V. contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de La Coruña, de 19 de octubre de 1998, confirmándola con absolución de la empresa "F.A.".

2602 RECURSO N° 144/96

S. S.

INCOMPETENCIA DA XURISDICCIÓN LABORAL PARA COÑECER DE ACTOS DE XESTIÓN RECAUDATORIA DA SEGURIDADE SOCIAL.

PONENTE: Ilmo. Sr. Don Antonio González Nieto

La Coruña, a ocho de febrero de mil novecientos noventa y nueve.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia,

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 144/96 interpuesto por la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. UNO de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don J.M.C.V. en reclamación de AFILIACIÓN siendo demandado la T.G.S.S. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 705/95 sentencia con fecha ocho de noviembre de mil novecientos noventa y cinco por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “**PRIMERO.-** El actor don J.M.C.V. nacido el..., estaba encuadrado en el Régimen Especial Agrario por cuenta propia desde el 1 de abril de 1985./ **SEGUNDO.-** La Tesorería General de la Seguridad Social por resolución de fecha de salida 19 de junio de 1995, resuelve: - Formalizar de oficio el alta del actor en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos con efectos del 1 de abril de 1990, día primero del mes natural en que ha resultado acreditada la concurrencia de los requisitos para la inclusión en el mismo./ - Formalizar de oficio la baja del actor en el censo agrícola por cuenta propia con efectos del 31 de marzo de 1990, por haber dejado de reunir las condiciones de inclusión en el Régimen Especial Agrario por cuenta propia./ **TERCERO.-** El actor desde hace más de 5 años viene realizando trabajos agrícolas por cuenta propia, ya los trabajos de limpieza del Ayuntamiento de... (contratado desde el día 17 de septiembre de 1984, para realizar por cuenta propia el Servicio de limpiezas de calles y plazas, vaciado diario de todas las papeleras municipales, recogida diaria de basuras, reparación de averías de alcantarillado y abastecimiento de aguas), siendo perceptor de una pensión de viudedad en cuantía de 34.075.- pts./ **CUARTO.-** Formulada reclamación previa el día 26 de julio de 1995; el actor presentó demanda ante el Juzgado de lo Social -Decano- en fecha 25 de septiembre de 1995”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “**FALLO:** Que estimando la demanda formulada por don J.M.C.V., contra la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debo declarar y declaro al actor de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos con fecha del UNO DE

JULIO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CINCO, así como la validez de las cuotas efectuadas por el mismo en el Régimen Especial Agrario por cuenta propia hasta el 30 de junio de 1995, condenando a las entidades demandadas a estar y a pasar por esta declaración”.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandada siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente, siendo remitidos al Ministerio Fiscal el cual en fecha dos de febrero del presente año emitió informe sobre la excepción de incompetencia de jurisdicción por razón de la materia planteada.

Fundamentos de derecho

ÚNICO.- Por la Tesorería General de la Seguridad Social, por resolución de fecha 19.06.95, resolvió: formalizar de oficio el alta del actor en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos con efectos de 01.04.90, día primero del mes natural en que ha resultado acreditada la concurrencia de los requisitos para la inclusión en el mismo, y al mismo tiempo, formalizar de oficio la baja del actor en el censo agrario por cuenta propia con efectos del 31.03.90, por haber dejado de reunir las condiciones de inclusión en el Régimen Especial Agrario por cuenta propia, resolución que fue dictada para solventar un problema de defectuoso encuadramiento de los trabajadores dados de alta en el Régimen Especial Agrario en la Provincia de Ourense y que realizaban principalmente actividades distintas a las agrarias, problema que fue detectado al llevar a cabo la revisión y actualización del censo agrario, al haber comprobado que el actor, desde hacía mas de cinco años, venía realizando trabajos agrícolas por cuenta propia, y desde septiembre de 1984, trabajos de limpieza por cuenta propia en el ayuntamiento de..., en la limpieza de plazas, calles, vaciado diario de todas las papeleras municipales, recogida diaria de basuras, reparación de averías de alcantarillado y abastecimiento, siendo perceptor de una pensión de viudedad en cuantía de 34.075 pts. Que por sentencia del Juzgado de lo Social de Ourense de 08.12.95, desestimando la excepción de incompetencia de jurisdicción, se declaró al actor de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos con fecha 01.07.95, así como la validez de las cuotas efectuadas por el mismo en el Régimen Especial Agrario por cuenta propia hasta el 30.06.95, condenando a las Entidades demandadas a estar y pasar por dicha declaración. Decisión judicial que fue recurrida por el I.N.S.S. y la T.G.S.S., denunciando en dos motivos diferentes con adecuado amparo procesal -sobre examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida-, por un lado, infracción del art. 3.b) de la L.P.L., alegando

incompetencia de jurisdicción, por entender que el objeto de la litis era una mera cuestión recaudatoria como así se deducía de la demanda y reclamación previa, pretendiendo en realidad el actor que no se lleve a efecto la liquidación de cuotas, consecuencia del irregular encuadramiento de éste, y en segundo lugar, infracción del art. 10 del Decreto 2.530/70, art. 69 del Decreto 3.772/72, art. 4.2 del Código Civil y la resolución de la Secretaría General de la Seguridad Social de 01.01.85, por entender que se ajustaba a derecho la resolución dictada por la Tesorería General de la Seguridad Social el 19.06.95, procediendo a formalizar el alta de oficio del trabajador en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos con efectos del 01.04.90 y la baja en el Régimen Especial Agrario cuenta propia con fecha de efectos de 31.03.90, en aplicación del art. 69 del Decreto 3.772/72.

Como trámite previo y por ser materia de orden público (apreciable incluso de oficio), procede analizar la excepción invocada de incompetencia de jurisdicción, por cuanto la estimación de la misma, haría innecesario el análisis del segundo motivo de suplicación articulado en el recurso.

En el supuesto de autos, y a la vista del suplico de la demanda, y en especial de la reclamación previa, resulta evidente, que lo que se pretende no es solamente se declare el alta del actor en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos con efectos de 01.07.95, y la baja en el REA, con efectos de la misma fecha, y no con fecha de 01.04.90, como se entendió por la Entidad Gestora, sino que existe otra petición declarativa, derivada y consecuencia forzosa de la anterior, que: "subsidiariamente se proceda a la liquidación de las cuotas del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos desde el 01.04.90, sin recargo alguno, y descontando las cuotas ya abonadas en el periodo concurrente en el Régimen Especial Agrario, paralizando, mientras tanto, en ambos casos, el acta de liquidación 127/95 de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social; cuestión cuyo conocimiento corresponde al orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo, como reiteradamente viene señalando esta Sala, siguiente constante doctrina del Tribunal Supremo, contenida entre otras en las sentencias de 21.09.87, 21-01 y 03.11.88, 30-10 y 07.12.89, 06.02.90, 20.02.91, al señalar: "es la Jurisdicción Contencioso-Administrativa la competente para llevar a cabo el control de la específica función recaudatoria de la Seguridad Social, dada la naturaleza administrativa de los actos que regulan el desarrollo, en todas sus fases, de la gestión recaudatoria, lo que determina su inclusión en el conjunto de materias que por aplicación de los arts. 1 y 2 de la Ley de 27.12.1956, están atribuidos a la jurisdicción Contencioso-Administrativa". La tesis que antecede

resulta ratificada por el propio T.S. que en sentencia de casación para la unificación de la doctrina de 27.09.1994 (Rec. N° 522/94), entendió que: "correspondía a la jurisdicción contencioso-administrativa la impugnación de una resolución de la T.G.S.S., en la que se requiere el pago de las cotizaciones durante un determinado espacio de tiempo, que como acto de gestión recaudatoria de S.S., queda fuera del ámbito de la jurisdicción social, al entender que se trata de un acto previo del que se derivará una obligación de pago de cuotas". Y en las más recientes, de 31 de julio y 27 de septiembre de 1995 (R n° 3.337/94 y 55/95). En base a lo que, al no ser conforme a derecho la resolución recurrida, procede, sin entrar en el fondo del asunto y de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, estimar en parte el recurso y revocar íntegramente el fallo combatido, declarando, de conformidad con los arts. 9.4 L.O.P.J. y art. 3 de la L.P.L. la incompetencia de esta jurisdicción social para conocer del presente litigio por pertenecer al orden Contencioso-Administrativo.

Fallamos

Que estimando la excepción de incompetencia de jurisdicción por razón de la materia y revocando la sentencia recurrida, debemos declarar y declaramos, que no procede entrar en el conocimiento de la cuestión de fondo planteada, haciendo saber a las partes la competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

2603 RECURSO N° 4.750/96

S. S.

INEXISTENCIA DE INCAPACIDADE PERMANENTE TOTAL OU PARCIAL EN TERMOS CUALITATIVOS-CUANTIFICATIVOS.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Miguel A. Cadenas Sobreira

A Coruña, a ocho de febrero de mil novecientos noventa y nueve.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia,

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 4.750/96 interpuesto por doña A.G.S. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. CINCO DE VIGO.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña A.G.S. en reclamación de INVALIDEZ siendo demandado INSS Y TGSS en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 433/96 sentencia con fecha trece de julio de mil novecientos noventa y seis por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO .- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "Primero.- Doña A.G.S., con DNI..., y de profesión peón fábrica cerámica, afiliada con el número... al Régimen General, solicitó ante el INSS la declaración de invalidez permanente, siéndole denegada por no encontrarse en dicha situación en ninguno de los grados legalmente previstos, ante cuya decisión interpuso reclamación previa, también desestimada, por idénticos razonamientos, en resolución de 16.05.96. La Unidad Médica de Valoración de Incapacidades emitió a 14.03.96 su juicio clínico-laboral./ Segundo.- Tiene el demandante carencia suficiente y una base reguladora de 115.381 pts. padece las siguientes enfermedades o lesiones derivadas de enfermedad común: "paciente de 44 años intervenido quirúrgicamente en noviembre/94 por rotura de menisco a nivel de la rodilla derecha, practicándosele meniscectomía parcial externa por vía artroscópica. Probable condromalacia fémoropatellar dcha (según informe S. traumatología H. "M."/95).- Refiere cervicalgias, lumbalgias con irradiación a EESS e II. Gonalgia derecha Exploración B.E.G. ligera cojera, no apoyos. Buena movilidad de C. cervical. Dolor a la flexión forzada de c.lumbar y de rodilla derecha con limitación para los últimos grado de flexión. Lassegue (-) ROT rotulianos ligeramente disminuidos.- Rx (H. "M."/95): C. cervical: Cambios degenerativos leves. Pinzamiento posterior C4-C5 y C5-C6. Rectificación de la lordosis fisiológica. C.Lumbar: Cambios degenerativos leves. Inf. S. Traumatología ("P." 6/95): Rodilla derecha: Gonartrosis grado I/II. Tobillo derecho : normal".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Desestimando la demanda interpuesta por doña A.G.S. contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, absuelvo a este demandado de todos los pedimentos de la demanda".

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante no

siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurre la actora con el objeto de que con revocación de la sentencia de instancia, se estime la demanda declarándola en situación de I.P.Total o, subsidiariamente , parcial con derecho a prestaciones, a cuyo efecto y al amparo del art. 191b) y c) LPL insta la revisión del HP 1º y denuncia la infracción del art. 137.4 y/o 137.3 LGSS.

SEGUNDO.- Pide la parte se modifique el H.P. 1º de modo que declare lo literal siguiente "1ºdoña A.G.S., con DNI..., y de profesión peón fábrica cerámica, afiliada con el nº... al Régimen General, solicitó ante el INSS la declaración de invalidez permanente, siéndole denegada por no encontrarse en dicha situación en ninguno de los grados legalmente previstos, ante cuya decisión interpuso reclamación previa, también desestimada, por idénticos razonamientos, en Resolución de 16.05.96. La Unidad Médica de Valoración de Incapacidades emitió a 14.03.96 su juicio clínico-laboral.

La base Reguladora para la contingencia de I.P. Total asciende a 115.381 pts y para la de I. P. Parcial a 129.900 pts.

Las funciones habituales de la actora consisten básicamente en:

1) Descarga de vagonetas de bizcocho: -La operaria tiene que manipular piezas con un peso aproximado de 10 kilos, en la descarga de las vagonetas con capacidad de 46 piezas, con un peso total de 414 kilos. Teniendo que mover durante la jornada de trabajo 28 vagonetas con un peso total de 11.592 kilos.

2).- Transporte de carros: En esta operación tiene que realizar esfuerzos para trasladar los carros con el material de fabricación, con un peso aproximado de 630 kilos y recorrer una distancia de 20 metros.

3).- Bañado normal colaje: Se introduce en un baño de esmalte (suspensión de materia en agua) una pieza de colaje (soperas, cafeteras, lecheras etc.) girar la pieza dentro del esmalte, levantándola e inclinándola, vaciar la suspensión de su interior. Depositar la pieza en una cinta transportadora, con un peso máximo de 8 kilos.

4).- Limpieza fondos y retoque: Recoger pieza de cinta bañador, limpiar fondo de cinta esponja desesmaltadora, colocar pieza en plancha de

madera, transportar carro cargado a zona de hornos, con un peso aproximado de 200 kilos”.

La revisión procede, pues consistiendo a la poste en adicionar a lo que ya recoge el HP 1º las respectivas bases reguladoras para I.P. Total y parcial y las funciones laborales de la actora, lo a ello correspondiente, omitido por el juzgador de instancia, está acreditado suficientemente por prueba documental oportuna al efecto: las bases reguladoras para I.P Total o Parcial que se indican en la revisión aparecen fijadas por el propio INSS en la documental obrante a los folios 109 y 113, a las que se remitió la E.G. en el acto de juicio, y las funciones habituales de la actora se constatan a través del certificado de la empresa obrante al folio 102.

TERCERO.- Examinando conjuntamente la infracción que del art. 137.4 y 3 LGSS se denuncia en el recurso al amparo del art. 191.c) LPL, el Tribunal considera que no concurre una u otra infracción, puesto que la actora no se encuentra en la situación de I.P. Total o parcial que se preven en el precepto referido.

Conforme al HP 2º, incombaticido en el recurso, la actora presenta el siguiente estado. “Paciente de 44 años intervenido quirúrgicamente en noviembre/94 por rotura de menisco a nivel de la rodilla derecha, practicándosele meniscectomía parcial externa por vía artroscópia. Probable condromalacia fémoropatelar derecha (según informe S. traumatología H. “M.” 6/95).- Refiere cervicalgias, lumbalgias con irradiación a EESS e II. Ginalgia derecha Exploración : B.E.G. ligera cojera, no apoyos. Buena movilidad de C. cervical. Dolor a la flexión forzada de c. lumbar y de rodilla derecha con limitación para los últimos grados de flexión. Lasgue (-) ROT rotulianos ligeramente disminuidos.- Rx (H. “M.”/95): C. cervical: Cambios degenerativos leves. Pinzamiento posterior C4-C5 y C5-C6 rectificación... C. lumbar: cambios degenerativos leves... Rodilla derecha: gonartrosis grado I/II. Tobillo derecho: Normal”, aparte la “probable condromalacia fémoro-patelar derecha”. Consecuentemente, el conjunto patológico resulta de escasa entidad, presentando solo cierta y relativa intensidad a nivel cervical o en rodilla derecha... aunque en todo caso y a pesar de la dureza física del trabajo de la actora, insuficiente para constituir un estado inhabilitante laboralmente en los términos cualitativo-cuantitativos que exige el art. 137 LGSS para la I.P. Total y Parcial, de tal modo que aquel integral estado reflejado en el H.P. 2º no impide a la actora seguir ejerciendo su profesión y funciones en los términos oportunos, en ningún caso subsumible en el precepto dicho.

dicha profesión, sin impedirle realizar las tareas fundamentales de la misma.

Y es que al margen de la intervención quirúrgica por rotura de menisco a nivel de la rodilla derecha y de lo que se indica en el HP como meramente “referido” (“refiere cervicalgias...”), las dolencias acreditadas carecen de la entidad y gravedad precisas para ser susceptibles de constituir un estado permanente incapacitante laboralmente en los términos legales dichos. Por un lado, la exploración es expresiva en este sentido: “BEG Ligera cojera, no apoyos. Buena movilidad de C. cervical. Dolor a la flexión forzada de c. lumbar y de rodilla derecha con limitación para los últimos grados de flexión. lasgue (-) Rot rotulianos ligeramente disminuidos”, no representando ninguno de tales déficits, por su exigüedad, impedimento laboral valorable en términos de I.P.. Por otro, el diagnóstico concreto de patologías ratifica la dicha conclusión, por su levedad y carácter no avanzado: “C. cervical. Cambios degenerativos leves. Pinzamiento posterior C4-C5 y C5-C6 rectificación... C. lumbar: cambios degenerativos leves... Rodilla derecha: gonartrosis grado I/II. Tobillo derecho: Normal”, aparte la “probable condromalacia fémoro-patelar derecha”. Consecuentemente, el conjunto patológico resulta de escasa entidad, presentando solo cierta y relativa intensidad a nivel cervical o en rodilla derecha... aunque en todo caso y a pesar de la dureza física del trabajo de la actora, insuficiente para constituir un estado inhabilitante laboralmente en los términos cualitativo-cuantitativos que exige el art. 137 LGSS para la I.P. Total y Parcial, de tal modo que aquel integral estado reflejado en el H.P. 2º no impide a la actora seguir ejerciendo su profesión y funciones en los términos oportunos, en ningún caso subsumible en el precepto dicho.

La sentencia de instancia, así pues, se confirma con rechazo del recurso interpuesto.

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por doña A.G.S. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de Vigo el día 13.07.96 en autos nº 433/96, tramitados a instancias de la recurrente frente al INSS y TGSS, sobre I. Permanente, confirmamos la sentencia recurrida.

2604 RECURSO N° 5.378/98

S. S.

INEXISTENCIA DE RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DE ALTO CARGO, Ó TRATARSE

DE POSTO DE CONFIANZA EN RÉXIME ADMINISTRATIVO DE ADMINISTRACIÓN LOCAL.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio González Nieto

A Coruña, a ocho de febrero de mil novecientos noventa y nueve.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia,

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 5.378/98 interpuesto por don J.M.R. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don J.M.R. en reclamación de DESPIDO siendo demandado EXCMO. AYUNTAMIENTO DE BAYONA Y “R.T.V.M.” “MANCOMUNIDAD DE CONCELLOS VAL MIÑOR”, EXCMO. AYUNTAMIENTO DE GONDOMAR y el EXCMO AYUNTAMIENTO DE NIGRÁN en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 461/98 sentencia con fecha veintisiete de octubre de mil novecientos noventa y ocho por el Juzgado de referencia que desestimo la demanda.

SEGUNDO .- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1º.- D. J.M.R., con D.N.I..., vecino de..., prestó sus servicios para la Mancomunidad de Concellos de “Val Miñor”, en “R.T.V.M.”, con domicilio en la C/... de Panjón, Nigrán, desde el 2 de enero de 1997, con la categoría de Director y salario mensual de 180.000 Pts. incluido prorrato de pagas extras.- 2º.- El actor fue nombrado por resolución de la Presidencia de la Mancomunidad de Concellos de Val Miñor, a propuesta de la Comisión de Gobierno al amparo de lo dispuesto en el artículo 104.2 e la Ley de Régimen Local, director de “R.T.M.” de la Mancomunidad, como eventual para el desempeño de funciones de confianza, al 20.12.96, con efectividad del día 2 de enero siguiente.- 3º.- Con fecha 18 de junio de 1998 la empresa el comunica notificación fin e contrato siguiente: “Muy Sr. nuestro (mío): El próximo día 30.06.98, finaliza el Contrato de Trabajo INDEFINIDO, suscrito con Vd., y cuyos datos se reseñan al pie. En cumplimiento de las normas vigentes sobre

contratación de personal, se le comunica que con esta fecha quedará rescindida a todos los efectos su relación laboral con la Empresa, causando baja de la misma. Lo que se comunica a los efectos oportunos”.- 4º.- El actor no tenía capacidad para contratar o despedar a los trabajadores, pero si para determinar la línea editorial, si bien los Alcaldes decidían a veces sobre las noticias.- 5º.- El demandante no ostentaba ni ha ostentado cargo de representación laboral o sindical.- 6º.- Se interpuso reclamación previa agotando la vía administrativa”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que estimando la excepción alegada por las partes demandadas se incompetencia de jurisdicción contra la demanda planteada por don J.M.R. frente a “R.T.V.M.”, MANCOMUNIDAD DE CONCELLOS DO VAL MIÑOR, AYUNTAMIENTO DE BAYONA, AYUNTAMIENTO DE GONDOMAR y AYUNTAMIENTO DE NIGRÁN, debo declarar la incompetencia por razón de la materia de este Juzgado para conocer de la misma, absolviendo en la instancia a dichos demandados, sin entrar a conocer del fondo de la cuestión planteada y sin perjuicio de que el actor pueda reproducir su derecho y ejercitar la correspondiente acción ante la jurisdicción contencioso-administrativa, que es la competente”.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

ÚNICO.- Por la parte actora se interpone recurso de Suplicación frente a la sentencia que, estimando la excepción de incompetencia de jurisdicción y sin entrar en el fondo del asunto, desestimó la demanda formulada contra la Mancomunidad de Concellos Do “Val Miñor” “R.T.V.M.” y Ayuntamientos de Bayona, Gondomar y Nigrán, denunciando en un único motivo -sobre examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida-, con adecuado amparo procesal infracción por aplicación indebida del art. 104.2 e infracción por no aplicación del art. 103 de la Ley 7/85 de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (L.R.B.R.L.); por entender que no se trataba de un puesto de confianza y asesoramiento de libre designación por parte de la Administración, sino de personal laboral al Servicio de la Administración Pública, que se regía por normas laborales.

Para una mas acertada resolución de esta litis se ha de tener en cuenta: a) Que el actor que fue

nombrado por resolución de la Presidencia de la Mancomunidad de Concellos de Val Miñor, a propuesta de la Comisión de Gobierno, al amparo de lo dispuesto en el art. 104.2 de la Ley de Régimen Local, Director de “R.T.” de la Mancomunidad, como eventual para el desempeño de funciones de confianza, el 20 de diciembre de 1996, con efectividad del día 2 de enero siguiente, solicita que se declare improcedente su cese por estimar que la relación que le unía con la Administración demandada, era de carácter laboral, con las consecuencias que de tal declaración se derivan, en tanto que, por la demandada se entiende que no existe relación laboral sino que se trata de una relación eventual de confianza, siendo discrecional el nombramiento y el cese, por entender que el actor es nombrado y no contratado y se rige por normas administrativas. b) Así como es bastante sencillo el distinguir entre la relación administrativa de un funcionario público y la relación de los trabajadores sujetos al derecho laboral, en cambio la diferenciación entre naturaleza laboral o administrativa de la contratación de personal llevada a cabo por las Administraciones Públicas es materia normalmente ardua y dificultosa. La doctrina jurisprudencial, a mantenido los criterios que se exponen a continuación.

Es patente la dificultad que entraña definir la naturaleza, laboral o administrativa de una relación contractual, porque en muchas ocasiones no resulta decisivo el objeto del contrato, es decir, la índole de los servicios contratados, pues aquella dificultad se ve incrementada por la incidencia, mayor cada vez de criterios empresariales que pragmáticamente se adoptan por las Administraciones Públicas con el propósito de hacer mas eficaz su función. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha precisado los siguientes principios básicos: 1) que ha de atenderse a la verdadera naturaleza de los contratos y no a la calificación que las partes les hayan atribuido, 2) que los servicios retribuidos por cuenta ajena han de presumirse como relación laboral (art. 8.1 Estatuto de los Trabajadores) y que dicha presunción queda desvirtuada si de las cláusulas del contrato aparece que el mismo está sometido a otro régimen (sentencia del Tribunal Supremo de 13.06.85). Por su parte las sentencias del Tribunal Supremo del 04.10.85 y 24.03.86 señalan los siguientes principios: 1º) para calificar la naturaleza, administrativa o laboral de la relación ha de estarse a la auténtica realidad del contrato, sin atender a su “nomen iuris” o a la calificación que le den las partes; 2º) los servicios retribuidos por cuenta ajena, aun prestados a entidades públicas, han de presumirse con presunción “iuris tantum” que entraña relación laboral según el art. 8.1 del Estatuto de los Trabajadores; 3º) tal presunción queda, sin embargo desvirtuada si de las cláusulas

del contrato o de los términos en que los servicios se prestaron aparece que la relación está sometida a distinto régimen; 4º) las irregularidades que en la aplicación de las normas hayan podido producirse, no tienen en principio, entidad suficiente para transformar en laboral el carácter administrativo de los correspondientes contratos pactados por las partes (sentencias del Tribunal Supremo de 23.10.86, 02.03.87 y 02.04.87); 5º) el régimen laboral o administrativo de los contratos es una cuestión de técnica organizativa al poder utilizar la Administración indistintamente cualquiera de ambas modalidades contractuales, siempre que para ello le faculte la Ley y lo determinante y decisivo de su adscripción al área de la contratación administrativa con exclusión de la laboral, no es la naturaleza del servicio prestado, sino la existencia de una normativa con rango de Ley (art. 1.3 a del Estatuto de los Trabajadores) que le autorice y el sometimiento a la misma de los contratantes, no operando en tal supuesto, la presunción “iuris tantum” contenida en el art. 8 del Estatuto de los Trabajadores a favor del contrato de trabajo (sentencia del Tribunal Supremo 02.04.87 y 10.12.91).

Del inalterado relato fácticos de hechos probados de la sentencia recurrida, ha quedado acreditado que el actor fue nombrado por resolución de la Presidencia de la Mancomunidad de Concellos de Val Miñor, a propuesta de la Comisión de Gobierno al amparo de lo dispuesto en el artículo 104.2 e la Ley de Régimen Local, director de “R.T.” de la Mancomunidad, como eventual para el desempeño de funciones de confianza, al 20.12.96, con efectividad del día 2 de enero siguiente.- Con fecha 18 de junio de 1998 la empresa le comunica notificación fin de contrato siguiente: “Muy Sr. nuestro (mío):- El próximo día 30.06.98, finaliza el Contrato de Trabajo INDEFINIDO, suscrito con Vd., y cuyos datos se reseñan al pie. En cumplimiento de las normas vigentes sobre contratación de personal, se le comunica que con esta fecha quedará rescindida a todos los efectos su relación laboral con la Empresa, causando baja de la misma. Lo que se comunica a los efectos oportunos”.- El actor no tenía capacidad para contratar o despedar a los trabajadores, pero si para determinar la línea editorial, si bien los Alcaldes decidían a veces sobre las noticias”.

Esto sentado, no ofrece duda a esta Sala, tal como acertadamente se interpretó por el Magistrado de instancia, y de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, que en el supuesto de autos, se trata de una relación administrativa y no laboral, ya que el actor, ahora recurrente fue nombrado por la Administración, en concreto por la Presidencia de la Mancomunidad de Concellos do Val Miñor (con personalidad jurídica propia) a propuesta de la

Comisión de Gobierno, en uso discrecional de las potestades administrativas que le corresponden, resaltando el carácter eventual y de puesto de confianza (político) que tiene la designación para tal cargo, cuyo cese dependía de las facultades discretionales que correspondían a la Administración, habiéndose utilizado para su nombramiento o contratación normas administrativas, y no laborales; con lo que queda excluida su condición de personal laboral. El art. 104.2 de la Ley de Régimen Local en relación con el art. 89 de la misma norma establece, que: “el personal de las Entidades Locales está integrado por funcionarios de carrera, contratados en régimen de derecho laboral y personal eventual”, señalando con respecto a estos últimos que desempeñan puestos de confianza o asesoramiento especial, y que el nombramiento y cese es libre y corresponde al Alcalde o Presidente de la Entidad local correspondiente, sin que en ningún caso sea aplicable el art. 103 en relación con el art. 91 del citado Cuerpo Legal, que regula el acceso del personal laboral a la Administración Pública, y en el que se señala: “...el personal laboral, será seleccionado por la propia Corporación atendiendo en todo caso a lo dispuesto en el art. 91...”, es decir, selección a través de oferta pública de empleo, convocatoria pública y por los cauces de concurso-oposición, etc.; sin que sea obstáculo a ello, el hecho de la percepción de una retribución, ni el cumplimiento de un horario (que no consta), porque tales circunstancias también concurren en la contratación administrativa, la cual no por ello se transforma en laboral; y sin que tampoco pueda considerarse como una relación laboral de carácter especial de alta dirección pues, no se dan los requisitos o condiciones que configuran dicha relación especial ejercicio de poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, pues el actor no tiene capacidad para contratar o despedir a los trabajadores y aun cuando podía determinar la línea editorial, los propios Alcaldes decidían a veces sobre las noticias (ordinal 4º), sino que se trata de un cargo de confianza, que según reiterada jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S. es revisable jurisdiccionalmente ante aquélla. En base a lo que, al ser conforme a derecho la resolución recurrida, procede en consecuencia, desestimar el recurso y confirmar íntegramente el fallo combatido.

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por don J.M.R., contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de Vigo, de fecha veintisiete de octubre de mil novecientos noventa y ocho, seguidos a instancia del recurrente contra el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE BAYHONA Y “R.T.V.M.” “MANCOMUNIDAD DE

CONCELLOS VAL MIÑOR”, EXCMO. AYUNTAMIENTO DE GONDOMAR Y EL EXCMO. AYUNTAMIENTO DE NIGRÁN sobre DESPIDO, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

2605 RECURSO Nº 5.394/98

S. S.

NULIDADE DO PERÍODO DE PROBA PACTADO EN CONTRATO DE TRABALLO POR VULNERAR O DISPOSTO Ó RESPECTO NO CONVENIO DE SECTOR APLICABLE.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Ricardo Ron Curiel

A Coruña, a ocho de febrero de mil novecientos noventa y nueve.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia,

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 5.394/98 interpuesto por don A.G.D. contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Cuatro de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 171/98 se presentó demanda por don A.G.D. en reclamación de DESPIDO siendo demandado el “C.M., S.L.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 28 de octubre de 1998 por el Juzgado de referencia que DESESTIMÓ la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “Primero.- El demandante don A.G.D., mayor de edad y con D.N.I..., viene prestando servicios para la empresa “C.M., S.L.”, dedicada a la actividad de construcción, desde el día 19.01.98, con la categoría profesional de albañil y un salario mensual de 125.149 pesetas, incluido prorrato de pagas extraordinarias./Segundo.- Por medio de carta de fecha 12.02.98, notificada al actor el día 12.02.98, se le comunicó que se le despedía con efectos desde el 12.02.98 en base a los siguientes hechos: no haber superado el período de prueba./Tercero.- En el contrato de trabajo que unía

a las partes se estableció un período de prueba de un mes, contrato celebrado al amparo del Real Decreto 2.546/94 por una duración inicial de tres meses hasta el 18.04.98./Cuarto.- Presentada la papeleta de conciliación ante el S.M.A.C. el día 11.03.98, la misma tuvo lugar en fecha 24.03.98 con el resultado de sin avenencia, presentando demanda el -actor el día 25.03.98./Quinto.- El actor no es ni fue durante el último año representante legal de los trabajadores.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que desestimando la demanda interpuesta por don A.G.D. contra la empresa “C.M., S.L.”, absuelvo a esta de las peticiones deducidas de contrario”.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte DEMANDANTE siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el pase de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia, desestimatoria de la pretensión deducida en la demanda, interpone recurso la representación procesal del demandante, construyéndolo a través de un solo motivo de Suplicación, en el que, con cobertura en el art. 191, letra c), de la Ley Procesal Laboral, denuncia inaplicación del art. 3 del Estatuto de los Trabajadores, transcribiendo literalmente su párrafo primero, los apartados a), b) y c), de su número 1 y el número 5 del propio precepto; añadiendo que al presente caso es aplicable el Convenio de la Construcción publicado en el BOP nº 128, de fecha 03.07.96 adjuntado a la prueba documental del actor -folio 47-, que establece en su art. 12, “período de prueba” que “podrá concertarse por escrito un período de prueba que en ningún caso podrá exceder de: c) personal operario: encargados y capataces 1 mes y resto de personal 15 días naturales. Transcurrido el período de prueba sin que se haya producido el desistimiento, el contrato producirá plenos efectos”; y termina manifestando que, al ser el recurrente albañil, es clara la aplicabilidad del citado período de prueba de 15 días, siendo nula la cláusula contractual que fijó un período de un mes y, en consecuencia, con arreglo al art. 55 del Estatuto de los Trabajadores, constituye la carta dirigida al recurrente a los 25 días de labor un despido que debe ser calificado de improcedente.

La situación de hecho sometida a debate, extraída del incombaticido relato histórico de la sentencia recurrida, consiste en: A) El demandante viene prestando servicios para la empresa demandada

“C.M., S.L.”, dedicada a la actividad de construcción, desde el día 19 de enero de 1998, en virtud de contrato celebrado al amparo del Real Decreto 2.546/94, con una duración inicial de tres meses, hasta el 18 de abril de 1998; siendo la categoría profesional de aquél la de albañil -oficial de primera- y percibiendo como salario mensual 125.149 pesetas, incluida la prorrata de pagas extraordinarias. B) En el contrato se estableció un período de prueba de un mes. C) A medio de carta de fecha 12 de febrero de 1998, notificada al actor el mismo día, se comunicó a éste que se le despedía, con efectos de la repetida fecha, por no haber superado el período de prueba. D) El Convenio Colectivo del sector dispone en su art. 12.

Fijada, en los términos expuestos, la situación litigiosa, resta ahora determinar el alcance jurídico que a la misma debe asignarse; bien el señalado en la sentencia recurrida, de estimar correcto el desistimiento unilateral del empresario, por haberse acordado dentro del plazo de un mes, establecido en el contrato como período de prueba; o bien el pretendido por el recurrente de ilicitud de tal desistimiento, por haberse producido después de haber transcurrido el período de prueba, quince días, fijado en el Convenio Colectivo del sector. La disyuntiva debe resolverse en favor de la tesis mantenida por el recurrente, ya que si el actor inició la prestación de servicios el día 19 de enero de 1998 y el desistimiento de la empleadora se ha producido el día 12 de febrero siguiente, es evidente que entre una y otro fecha había transcurrido un período de tiempo -veinticuatro días-, muy superior al de quince días fijado en el art. 12, letra c), del Convenio Colectivo del sector para el personal operario - con la salvedad de encargados y capataces, para los que el plazo se fija en un mes-. Siendo aplicable, con carácter prioritario, el plazo establecido en el Convenio Colectivo sobre el señalado en el art. 14 del Estatuto de los Trabajadores, por así disponerlo expresamente este precepto, el que sólo resulta aplicable en defecto de pacto en Convenio; y al existir norma paccionada, a la duración en la misma fijada habrá de estarse. Y si bien es cierto que el desistimiento empresarial, en la litis cuestionado, ha tenido lugar dentro del período de prueba -un mes- concertado en el contrato que unía a los litigantes, no lo es menos que tal estipulación contractual habrá de reputarse nula de pleno derecho, por imperio de lo normado en el art. 3, nº 1, letra c), del Estatuto de los Trabajadores, en cuanto prohíbe establecer en perjuicio del trabajador condiciones contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos; debiendo, por tanto, tenerse por no puesta la repetida cláusula, aunque permaneciendo válido en lo restante el contrato de trabajo que vinculaba a los contendientes, en aplicación de lo preceptuado en el art. 9, nº 1, del citado Estatuto de los Trabajadores.

Por todo ello, el acuerdo extintivo del vínculo jurídico-laboral que unía a los colitigantes, adoptado por la empleadora es constitutivo de despido, que debe ser calificado como improcedente, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 55, nº 4, in fine, del Estatuto de los Trabajadores y 108, nº 1, párrafo segundo, de la Ley Adjetiva Laboral. Ahora bien, como el contrato que ha unido a los colitigantes se extinguío, por vencimiento del plazo estipulado, el día 18 de abril de 1998, no son de aplicación las consecuencias jurídicas derivadas de tal calificación, previstas en los arts. 56 del Estatuto de los Trabajadores y 11 de la Ley de Ritos Laboral, ya que, normalmente, la declaración de improcedencia del despido faculta a la empleadora para optar entre readmitir al trabajador o a indemnizarlo, en la cuantía legalmente prevista; sin embargo, el condicionamiento del derecho de opción, cuando el contrato de trabajo se extingue con anterioridad a la declaración de improcedencia del despido, al tratarse de contratos temporales, habrá de estarse a la doctrina jurisprudencial, que ha proclamado (sentencias del Tribunal Supremo de 29 de enero y 27 de abril de 1997; doctrina seguida por esta Sala en sentencia de 20 de julio de 1.998 -recurso núm. 2.939/98) que si el contrato vence antes de la declaración judicial declarando su improcedencia, es cuando surge el problema, al desaparecer uno de los términos de la obligación alternativa establecida en el art. 56 del Estatuto de los Trabajadores, al no ser posible la readmisión del trabajador; en este caso debe aplicarse el art. 1.134 del Código civil, manteniéndose la obligación del empresario de cumplir el otro miembro de la obligación alternativa, es decir, la indemnización, la cual debe devengarse en todo caso y ello porque en nuestro ordenamiento laboral la indemnización es consecuencia del daño producido rigiendo el principio de indemnización tasada en los perjuicios causados por el despido improcedente, que no son solo los materiales -pérdida de salario y puesto de trabajo- sino otros de naturaleza inmaterial -pérdida de oportunidad de ejercitarse la actividad profesional, de prestigio e imagen en el mercado de trabajo- perjuicios producidos por la extinción del contrato de trabajo sin causa, con independencia de la naturaleza del contrato que deben ser indemnizados.

SEGUNDO.- Lo que queda expuesto habrá de conducir a la admisión del reproche jurídico que en el recurso se hace a la sentencia de instancia y, con acogimiento de aquél, dictar un pronunciamiento revocatorio del impugnado, si bien el importe de los salarios de tramitación a abonar al demandante serán los correspondientes al periodo comprendido entre el 12 de febrero de 1998 -fecha del despido- y el 18 de abril siguiente -fecha de la extinción del contrato- y la cuantía de la indemnización la

equivalente al tiempo de servicios prestados -desde el 19 de enero hasta el 11 de febrero del citado año; tomando como módulo el salario mensual de ciento veinticinco mil ciento cuarenta y nueve pesetas; y realizadas las oportunas operaciones aritméticas se obtienen las cantidades que, salvo error, se concretarán en la parte dispositiva de esta resolución; y en función de todo ello,

Fallamos

Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por don A.G.D., contra la sentencia de fecha veintiocho de octubre de mil novecientos noventa y ocho, dictada por el Juzgado de lo Social número cuatro de los de Vigo, en proceso promovido por el recurrente frente a la empresa "C.M., S.L.", con revocación de la misma y estimando la demanda rectora del debate, debemos declarar y declaramos improcedente el despido litigioso, condenando a la patronal demandada a que abone al demandante, en concepto de salarios de tramitación, la cantidad de doscientas setenta y una mil ciento ochenta pesetas, y, en concepto de indemnización, la suma de trece mil treinta y siete pesetas.

2606 RECURSO N° 282/96

S. S.

EXISTENCIA DE VERDADEIRO DEREITO ADQUIRIDO, E NON DE MERA EXPECTATIVA DE DEREITOS, A PROPÓSITO DE RESCATE DE CAPITAL DO SEGURO DE VIDA ESTABLECIDO NO REGULAMENTO DA MUNPAL.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Adolfo Fernández Facorro

La Coruña, once de febrero de mil novecientos noventa y nueve.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia,

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 282/96, interpuesto por don R.R.R., contra la sentencia del Juzgado de lo Social número Tres de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 152/95 se presentó demanda por don R.R.R. en reclamación sobre RESCATE DE CAPITAL DE SEGURO DE VIDA, siendo demandados el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL; en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 24 de octubre de 1995, por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1.- El actor fue declarado en situación de jubilado forzoso de la Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local (MUNPAL), habiendo prestado sus servicios para el Ayuntamiento de Lugo hasta la fecha de su jubilación el 19.09.90./ 2.- Por Real Decreto 480/93 de 2 de abril se produjo la integración de mutualistas y pensionistas de la MUNPAL en el Régimen General de la Seguridad Social, con efectos de 01.04.93./ 3.- En fecha 30.05.88 el actor solicitó el rescate del capital seguro de vida de la extinguida MUNPAL./ 4.- El Ente Gestor demandado resolvió dicha solicitud, denegando el rescate pretendido, al no hallarse inmersa o comprendida esta prestación dentro de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social, ante lo cual la parte actora interpuso la correspondiente reclamación previa, que fue expresamente rechazada.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Se desestima la demanda deducida por don R.R.R., contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL; absolviendo a los Organismos demandados de los pedimentos de la misma”.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte actora, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el pase de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestima la demanda del actor que pretendía el rescate del 50% del capital seguro de vida establecido en el Reglamento de la MUNPAL y contra la misma acude en Suplicación sin discutir los hechos y denunciando exclusivamente la normativa jurídica infringida.

El recurso en cuestión presenta unas particularidades muy especiales, ya que su contenido es exactamente igual que otros muchos que ha tenido ocasión de conocer la Sala, todos ellos suscritos por el mismo Letrado, en los que se invocan las mismas motivaciones jurídicas, todas ellas de carácter general, prescindiendo de las específicas diferencias que puedan existir en las respectivas situaciones de hecho de cada mutualista reclamante, es decir que esas alegaciones igual se aplican, en tesis del recurrente, tanto a los supuestos en que se reclama el 100% del capital o el 50% del mismo, que la reclamación la efectúe el propio mutualista o sus herederos, cuando evidentemente parece obligado que al menos se precisase en cada caso una fundamentación que se refiriese al litigio propiamente dicho, no obstante, sentado lo que antecede, de los diferentes motivos que son objeto de alegación, puede prescindirse de su análisis, aunque sólo fuese porque reiteradamente se rechazó por la Sala en anteriores pronunciamientos, pero ha de examinarse en cambio aquél en el que denuncia la infracción por interpretación errónea del Real Decreto 480/93 en relación con los arts. 69 y 70 de la Orden de 9 de diciembre de 1975 que aprueba los Estatutos de la Mutualidad Nacional de Previsión de Administración Local, integrada en la Seguridad Social por la primera de las disposiciones citadas, todo ello en directa referencia al respeto de los derechos adquiridos en cuyo principio se funda la mencionada integración.

SEGUNDO.- Debe acogerse la denuncia pues aun cuando la sentencia de instancia funda su decisión denegatoria en un análisis jurisprudencial sobre el alcance de los derechos adquiridos y llega a la conclusión de que lo que el actor ostentaba al respecto era una mera expectativa, al no haberse consolidado su derecho al rescate del capital seguro de vida, dicha tesis incurre en un claro error, que ya ha sido puesto de relieve reiteradamente por diversas sentencias de unificación de doctrina.

Así es, los datos fácticos que han de servir de base para determinar si existe o no ese derecho adquirido son los siguientes: el actor nació en 1921 y se jubiló forzosamente como funcionario del Ayuntamiento de Lugo en septiembre de 1990, con anterioridad en mayo de 1988 había solicitado el rescate del capital seguro de vida por lo que el derecho a percibir el rescate estaría supeditado al transcurso del plazo de cinco años reglamentariamente establecido, sin que ello quiera decir que se tratase de una mera expectativa sino de un derecho perfectamente consolidado con anterioridad a la desaparición de la MUNPAL por integración en el Régimen General que tiene lugar, pues es notorio, con efectos de 1 de abril de 1993, por ello si el actor había consolidado su derecho antes de dicha fecha ha de reconocerse el rescate a cargo de la entidad demandada.

Dicha doctrina viene avalada por la Sentencia del T.S. de 5 de marzo de 1997 que claramente señala que el transcurso del plazo o lo que es igual, que el vencimiento de éste se produzca después de la integración de la MUNPAL en el Régimen General, no afecta al nacimiento del derecho al suponer tan sólo una demora para su efectividad, el referido plazo establecido en el art. 70 del Reglamento de la Mutualidad no constituía requisito necesario para el perfeccionamiento del derecho al rescate, dicho derecho quedaba consolidado cuando el interesado cumpliese las condiciones de jubilación y edad y hubiese solicitado el rescate en cuestión. Dicha doctrina que ya se recogía en las Sentencias del propio Tribunal de 2 y 24 de junio, 1 de julio, 26 de noviembre y 16 de diciembre de 1996, se ratifica en la de 2 de febrero de 1998, por todo ello la sentencia que rechaza la demanda del actor infringe los preceptos denunciados y ha de ser revocada.

Fallamos

Que debemos estimar y estimamos el recurso de Suplicación interpuesto por don R.R.R. contra la sentencia del Juzgado de lo Social número Tres de Lugo, de veinticuatro de octubre de mil novecientos noventa y cinco, revocándola y declarando su derecho al rescate del 50% del capital seguro de vida condenándose al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL a su abono en la cuantía correspondiente.

2607 RECURSO Nº 5.484/96

S. S.

DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE POR EXTINCIÓN DE CONTRATO INDEFINIDO, DO QUE DEBE RESPONDER UN GRUPO DE EMPRESAS.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José María Cabanas Gancedo

A Coruña, a once de febrero de mil novecientos noventa y nueve.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia,

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 5.484/96 interpuesto por "D. y F., S.L.", "A., S.A.", "V.P., S.A." y el empresario don A.D.V. contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. 1 de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 603/98 se presentó demanda por don L.P.F. en reclamación de DESPIDO siendo demandado el "D. y F., S.L.", "A., S.A.", "V.P., S.A." "C., S.A." y don A.D.V., en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 2 de noviembre de 1998 por el Juzgado de referencia que estimó en parte la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "**PRIMERO.-** El actor don L.P.F., suscribió en fecha 1 de octubre de 1991 contrato de trabajo de fomento de empleo con la empresa "D. y F., S.L.", con domicilio en..., con la categoría profesional de Chofer, con una duración inicial de 9 meses, siendo prorrogado sucesivamente hasta el 30 de junio de 1993, cesando por fin de contrato en esa fecha. En fecha 30 de julio de 1993 el actor suscribe un contrato de trabajo de duración determinada (obra o servicio) con "D. y F., S.L.", con la categoría profesional de Chofer y cuyo objeto era "Realizar viajes a Alemania para la empresa "V.T." durante la época estival" prestando servicios hasta el 14 de setiembre de 1994 en que cesa por fin de contrato.- En fecha 15 de setiembre de 1994 firmó otro contrato por la misma empresa de duración determinada, cuyo objeto era el "Transporte Escolar curso 94-95", prestando servicios hasta el 30 de junio de 1995.- En fecha 1 de julio de 1995 firmó otro nuevo contrato de duración determinada con la misma empresa, cuyo objeto era "Realizar servicios Extraordinario" finalizando el mismo en fecha 3 de julio de 1996, reconociéndole la empresa en las nóminas una antigüedad del 30 de julio de 1993.- En fecha 4 de julio de 1996 suscribe contrato de duración determinada con el empresario don A.D.V. con domicilio en..., "por acumulación de tareas" por aumento del trabajo en esa época del año con la categoría de Chofer hasta el 3 de julio de 1997 que cesó por fin de contrato.- En fecha 17 de julio de 1996 celebra nuevo contrato de duración determinada con don A.D.V. por acumulación de tareas "por aumento de trabajo en esta época" y una duración hasta el 16 de julio de 1999, cesando el día 30 de marzo de 1998.- En fecha 3 de abril de 1998 suscribe contrato con "D. y F., S.L." de duración determinada con la categoría profesional de Chofer siendo su objeto "Comienzo de Excursiones y Viajes 98" percibiendo un salario de 117.800 pts., incluida prorrata de pagas extras.- **SEGUNDO.-** En fecha 4 de setiembre de 1998

recibe de la empresa “D. y F., S.L.”, la siguiente comunicación que firma don A.D.V... con motivo de los graves hechos acaecidos en la madrugada de ayer, día 03.09.98, esta empresa ha tomado la decisión de proceder a su Despido Disciplinario, señalándose como fecha de efecto del mismo la de hoy día 4 de setiembre de 1998. Entiende esta empresa que su conducta constituye un incumplimiento culpable y grave por indisciplina o desobediencia en el trabajo a tenor de lo prevenido por el art. 54.2.b) del Estatuto de los Trabajadores, y ello en base a los siguientes hechos: 1.- En la madrugada del día 03.09.98, el que suscribe, en compañía de don A.P.A. y de don C.T.D., conductor de esta empresa, nos trasladamos hasta la localidad de...) al efecto de que detuvieran el autobús propiedad de la empresa, matrícula OR-....-M, marca Pegaso, que era conducido por Ud., y por su compañero M.R.G., procedentes de París en servicios de transporte de viajeros.- El motivo de mi presencia en..., era darle la orden a Ud., y a su compañero de que detuvieran y abandonaran el vehículo, siendo relevados por otro compañero, todo ello al efecto de evitar que rebasaran Uds. el número máximo de horas de conducción permitido por la normativa vigente.- 2.- Siendo las 05,05 horas del día 03.09.98, el autocar que Uds. conducían pasó por la localidad de..., en donde no se detuvieron a pesar de que les hice señas en ese sentido, tal y como podrán corroborar las personas que me acompañaban, ante lo cual,. Y en compañía de los citados Sr. P. y Sr. T. me vi obligado a seguir el autocar en un turismo desde... hasta la localidad de Ponte... (Portugal), donde Ud., y su compañero detuvieron el autobús para dejar viajeros. Durante dicho trayecto hable con su compañero Sr. G. por medio de llamada al teléfono móvil propiedad de la Empresa que Uds., portaban en el autocar, requiriéndoles para que detuvieran el vehículo inmediatamente, haciendo caso omiso de dicha orden.- 3.- Una vez detenido el autobús en Ponte..., les reiteré la orden de que debían dejar el vehículo al compañero que les iba a relevar en las labores de conducción, manifestándoles asimismo que serían trasladados a sus respectivos domicilios. Ustedes, desobedeciendo de nuevo mis órdenes, se negaron a entregar el vehículo, diciendo que lo entregarían en Ponte..., cosa que tampoco llevaron a cabo, sino que fue en la localidad de... (Portugal), donde entregaron el autobús al conductor que allí esperaba, L.F.G., que pasó a conducirlo desde ese momento. Estando en Puente..., pude observar el paso del autocar (ya sin pasajeros) conducido por el citado L.F., acompañado por Ud. y por su compañero Sr.G., en dirección a..., ignorando si se dirigían a... (Ourense) o bien a Ourense capital.- Los hechos relatados denotan una clara actitud de rebeldía abierta y enfrentada a las órdenes recibidas, constituyendo un incumplimiento consciente e injustificado, que se ve agravado por el

tipo de trabajo que Ud. realiza (transportes de viajeros por carretera), ya que en caso de haberse producido un accidente habiendo rebasado las horas de conducción establecidas, ello supondría un irreparable perjuicio para esa empresa...”.- TERCERO.- En la madrugada del día 3 de setiembre de 1998 don A.D.V.; don A.P.A. y don C.T.D. conductor de “D. y F., S.L.” se trasladaron hasta la localidad de... con objeto de parar el autobús de la empresa matrícula OR-....-M marca Pegaso, conducido por el actor y don M.R.G., procedentes de París y en servicio de viajeros, para que dichos conductores fueran relevados por toro con el fin de evitar que rebasaran el número máximo de horas de conducción.- Sobre las 5.05 horas el autobús mencionado pasó por delante de donde se encontraban estacionadas las mencionadas personas, haciéndoles señas para que parase don A.D.V., sin que dicho autobús lo hiciera, no constando acreditado que tanto el conductor del vehículo como su compañero viesen a dichas personas, ni las señas que les hizo don A.D..- En Ponte... -después de haber parado con anterioridad en... y...- pararon a tomar un café y al salir se les acercó el Sr. P.A., pidiéndoles la hoja de ruta, y dado que el Sr. D. les autorizó, se la entregaron, diciéndose el Sr. P.A. –como nuevo Administrador- que continuaran hasta Puente... El actor y su compañero, continuaron hasta... en donde se encontraron a don L.F.G., socio de la empresa, quién se hizo cargo del vehículo.- CUARTO.- D. A.D.V., fue administrador único de la empresa ”D. y F., S.L.”, hasta que en agosto de este año, fue nombrado don A.P.A., al haber sido adquirido la citada empresa por el grupo “A.”. La empresa ”D. y F., S.L.”, tiene actualmente su domicilio en la calle... “A., S.L.” fue constituida en fecha 31 de diciembre de 1986 mediante escritura Pública Notarial por don A.P.A., su esposa doña M.G.P., doña A.P.G. y don J.V.A. y su esposa doña M.P.P.G. don A. es Presidente del Consejo de Administración de dicha sociedad y Consejero Delegado, siendo Secretario don J.V.A. y vocal doña M.P.P.G. que es también Consejero-Delegado “V.P., S.A.”, fue constituida en fecha 28 de marzo de 1987 por don J.V.A., doña M.P.P.G., doña M.B.V.P. y doña M.C.V.P., siendo Presidente del Consejo de Administración don L.V.A., secretario doña M.P.P.G. –Consejero Delegado- y vocales doña M.B. y doña M.C.V.P. –ésta última Consejero Delegado-. –“C., S.A.” se constituyó mediante escritura pública notarial otorgada en fecha 27 de mayo de 1987, siendo actualmente accionistas únicos de dicha empresa “A., S.A.” siendo administradores solidarios de la misma don A.P.A. y doña M.P. y G.- Todas las escrituras referidas constan en autos y su contenido se da por reproducido. Las empresas ”D. y F., S.L.”, ”A., S.L.”, ”V.P., S.L.” y ”C., S.A.” del grupo “A.”, teniendo todas ellas su domicilio en... Los

vehículos de las empresas “C., S.A.”, “A., S.A.” y “D. y F., S.L.” son guardados en la calle... siendo frecuente que los trabajadores conduzcan vehículos de cualquiera de las empresas del grupo y reciban ordenes indistintamente del Sr. P. u otros.- QUINTO.- El actor no ostenta ni ha ostentado durante el ultimo año cargo representativo de los trabajadores.- SEXTO.- En fecha 25 de septiembre de 1998 se celebró Acto de Conciliación ante el S.M.A.C. con las demandadas “D. y F., S.L.” A.D.V. y “A., S.A.” con resultado “Sin Avenencia” y presentando demanda el actor ante el Juzgado de lo Social -Decano- en fecha 30 de septiembre de 1998.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que estimando en parte la demanda formulada por don L.P.F. contra las empresas “D. y F., S.L.” “C., S.A.” y el empresario don A.D.V., debo declarar y declaro IMPROCEDENTE el despido del actor condenando conjunta y solidariamente a las empresas demandadas y al empresario demandado a que en plazo de CINCO DIAS opten entre readmitir al actor en su puesto de trabajo en iguales condiciones que antes del despido o le abonen una indemnización de NOVECIENTAS CINCUENTA Y SIETE MIL SEISCIENTAS CUARENTA Y OCHO PESETAS (957.648) con abono en cualquier caso de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la de notificación de la presente sentencia.”

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandada siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el pase de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Ante la sentencia de instancia -que declaró improcedente el despido del actor; y condenó, conjunta y solidariamente, a las cinco empresas demandadas, a que, en el plazo de cinco días, opten por readmitir a aquél en su puesto de trabajo o por abonarle una indemnización en cuantía de 957.648 pesetas, con abono en cualquier caso de los salarios de tramitación-, se formula recurso de suplicación por la representación de dichas empresas, en primer lugar, por el cauce del apartado b) del artículo 191 del TRLPL, a fin de que, en el hecho probado primero, se suprima el extremo referente a “...reconociéndole la empresa en las nóminas una antigüedad de 30 de julio de 1993”, ya que prejuzga el fallo; y se adicione “...y suscribiendo en dicha fecha un recibo de finiquito” y “...por baja voluntaria”; en el tercero, se adicionen los datos que se exponen, acerca de lo sucedido en la madrugada del día 3 de septiembre

de 1998, cuando don A.D.V., don A.P.A. y don C.T.D., se trasladaron hasta la localidad de...; y, en el cuarto, se suprime “...al haber sido adquirida la citada empresa por el grupo “A.” y que las empresas “D. y F.”, “A.”, “V.P.” y “C.” “forman parte del grupo “A.”; y, en segundo, por el cauce, esta vez, del apartado c) del artículo 191 del citado TRLPL, denunciando infracción, por una parte, de los artículos 63, 64.2.b), 76 y 77 del Texto Procesal referido y de la doctrina jurisprudencial al respecto; por otra, del 54.2.b) del Estatuto de los Trabajadores, y de la doctrina jurisprudencial sobre este precepto; por otra, del 15.3 de este Estatuto y de la doctrina del Tribunal Supremo referida a la contratación temporal; y, por otra, del 24 de la Constitución y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en cuanto a requisitos y carga de prueba para decretar la existencia de grupo de empresas.

SEGUNDO.- De las revisiones fácticas, que se interesan en el primer motivo del recurso, se estiman procedentes -aunque con los nulos efectos prácticos, que se verán-, la referente a que se adicione en el hecho probado primero de la sentencia, que cesó el día 30 de marzo de 1998, “por baja voluntaria”, pues es éste un dato, que efectivamente, consta, con firma del actor, en el libro de matrícula de la empresa, que citan las demandadas en apoyo de su pretensión; y las relativas a suprimir en el cuarto las referencias al “grupo A.”, ya que la determinación de esta circunstancia, tiene un carácter eminentemente valorativo y no debe llegarse, en su caso, a ella, por la vía utilizada del apartado b) del artículo 191 del TRLPL, que tiene como único objeto revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales o periciales practicadas.

TERCERO.- No se considera adecuado, en cambio, efectuar las restantes revisiones fácticas propuestas, ya que: a) carece de objeto efectuar la supresión del extremo del hecho probado primero, relativo a “...reconociéndole la empresa en las nóminas una antigüedad de 30 de julio de 1993”, ya que es éste un extremo que, al no tener el carácter de prejuzgar el fallo, que pretenden las recurrentes, encaja perfectamente en la relación fáctica de la sentencia; b) carece de objeto, igualmente, efectuar la adición, que se pretende, al hecho probado primero, referida a “...y suscribiendo en dicha fecha un recibo de finiquito”, ya que los documentos, que cita en su apoyo, no son auténticos finiquitos, sino simples nóminas, en las que se hace referencia a tal extremo; y c) no es adecuado adicionar el hecho probado tercero, en el sentido pretendido, para justificar la versión de las empresas, acerca de lo sucedido en la madrugada del día 3 de septiembre de 1998, dado que las facturas telefónicas, que cita en su apoyo, no son suficientes, por sí solas, para llegar a las conclusiones pretendidas, y la confesión

judicial y las declaraciones testificales, que mencionan, también en su apoyo, no son medios probatorios aptos, dado lo dispuesto al efecto en el citado apartado b) del artículo 191 del TRLPL, para llevar a cabo, en su caso, la revisión.

CUARTO.- Va dirigida la primera de las denuncias de preceptos infringidos, que efectúan las empresas codemandadas, por la vía del apartado c) del artículo 191 del TRLPL, a exponer que, como se trajo al juicio a las empresas “C. y V.P.”, mediante una ampliación de la demanda inicial, y, por lo tanto, sin conciliación previa, se infringió lo propuesto, entre otros, en el artículo 64.2.b) del TRLPL; pero la citada alegación no puede prosperar, ya que, aparte de que se utilizó para llevarla a cabo, un cauce procesal inadecuado -se planteó por el del apartado c) del artículo 191 de aquel Texto, que se refiere al examen de las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia, con olvido del previsto en el a), pues las normas que se consideran infringidas tienen carácter procesal-, lo cierto es, además, que, aunque se considere que, formalmente pudo existir una infracción de ese precepto, porque la excepción que previene, respecto a los supuestos en que, iniciado el proceso, fuere necesario dirigir la demanda frente a otras personas distintas de las inicialmente demandadas, podría no darse al no constar la necesidad a que se refiere; en todo caso, en el apartado a) del mencionado artículo 191 -que es el que, en su caso, debería utilizarse-, se exige, para que puedan ser repuestos los autos al estado en que se encontraban, en el momento de infringirse la norma del procedimiento, que ello haya producido indefensión; y esta exigencia no aparece, en principio cumplida, en el caso que se analiza, pues las empresas mencionadas tuvieron a su alcance, prácticamente todo el procedimiento, para plantear adecuadamente sus defensas, presentar las pruebas y efectuar las alegaciones necesarias.

QUINTO.- Centran las empresas codemandadas, en segundo lugar, el recurso, que plantean “por la vía del apartado c) del artículo 191 del TRLPL, en que, como el demandante incurrió en un incumplimiento grave y culpable en el trabajo, al actuar con indisciplina y desobedecer, cuando en la madrugada del día 3 de septiembre de 1998, mandos de la Empresa, le hicieron señas, en..., para que detuviera el autobús, que conducía, en unión de otro; al estar comprendido el caso en el artículo 54.2.b) del Estatuto de los Trabajadores; el despido debe ser calificado como procedente; pero lo cierto es que, como en la relación fáctica de la sentencia de instancia, no consta acreditado que viere a aquéllos, ni, a las señas, efectuadas por uno -afirma “no constando acreditado que tanto el conductor del vehículo como su compañero viesen a dichas personas, ni las señas que les hizo don A.D.”;- y,

como, asimismo, según ya se expuso con anterioridad, no puede prosperar la revisión fáctica, interesada al efecto; con lo que aparece sobre ello en dicha relación fáctica, ningún tipo de indisciplina o desobediencia demostrada, se observa en la conducta del actor.

SEXTO.- Discuten, en tercer lugar, los recurrentes, con el segundo motivo del recurso, la antigüedad laboral del actor -sostienen que no es correcta la de 30 de julio de 1993, que señala el Sr. Juez “a quo”; sino la de 2 de abril de 1998, fecha de la suscripción del contrato vigente en el momento del despido-, y basan, fundamentalmente, su argumentación en que, fue en esta fecha cuando fue contratado, después de haber extinguido el anterior, el 30 de marzo de 1998, mediante baja voluntaria-; pero tampoco, en este caso, cabe aceptar su argumentación, porque, partiendo de lo que se señala por la doctrina jurisprudencial, acerca de la sucesión contractual -afirman las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1996, 17 de noviembre de 1997, etc., que, cuando se han concertado una serie de contratos temporales masivos en una misma relación laboral, si cualquiera de ellos incurre en vulneración de la normativa que lo regula, la relación laboral deviene en indefinida; por ello, los contratos posteriores al que resulta inválido no regularizan la temporalidad de la relación laboral indefinida que queda constituida; y, en consecuencia, la pretensión no puede verse reducida al examen del último contrato temporal concertado, sino que debe examinarse la totalidad de contratos para determinar el momento en que la relación pudo convertirse en indefinida, ya que tal condición no se pierde por la posterior celebración de contratos temporales-; la que aparece como baja voluntaria del actor, en el libro de matrícula de la empresa, con relación al contrato de duración determinada, por acumulación de tareas, “por aumento de trabajo en esta época”, celebrado con don A.D.V., y con duración, que iba de 17 de julio de 1996 a 16 de julio de 1999; no puede tener la importancia decisiva, que pretenden las recurrentes, ya que, si se tienen en cuenta las circunstancias concurrentes -contratación sucesiva, desde la fecha de inicio de la relación laboral, que recoge el Juzgador de instancia, primero con la empresa “D. y F., S.L.”, después con don A.D.V., que era el Administrador Único de la misma, y después nuevamente, con “D. y F., S.L.”; cadena de contratos temporales, en los que el actor se comprometió a realizar las labores de chófer; rápida contratación del demandante, una vez que cesó voluntariamente, el 30 de marzo de 1998, en el contrato que había celebrado con don A.D.V., el 17 de julio de 1997; se concertó el siguiente el 3 de abril de 1998, aunque con “D. y F., S.L.”; cese de don A.D.V., como Administrador Único de “D. y F., S.L.” al ser nombrado como tal don A.P.A., al

ser adquirida la empresa por “A., S.A.”, etc.-, se infiere de las mismas que dicha “baja voluntaria” fue ficticia y en evidente fraude de Ley, ya que todas ellas apuntan a que esa baja - posible, en principio-, pretendía el resultado, prohibido por el ordenamiento jurídico, de convertir una relación laboral, de carácter indefinido, en temporal (artículo 6.4 del Código Civil).

SEPTIMO.- Sostienen, finalmente, las empresas recurrentes, que no constituyen un grupo de empresas; pero, tampoco en este punto, se acepta su argumentación, ya que, si se parte del contenido de la doctrina jurisprudencial al respecto -que incide en la presencia de los siguientes elementos para la responsabilidad solidaria de otras empresas, respecto de las obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores: funcionamiento integrado o unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo (sentencias del T.S. de 6 de mayo de 1981, 8 de octubre de 1987, etc.); prestación de trabajo indistinta o común, simultánea o sucesiva, en favor de varios empresarios (sentencias del mismo Tribunal de 5 de enero de 1968, 4 de marzo de 1985, 7 de diciembre de 1987, etc.); y búsqueda, mediante la configuración artificiosa de empresas aparentes, sin sustrato real, de una dispersión o elusión de responsabilidades laborales (sentencia de igual tribunal de 11 de diciembre de 1985, 3 de marzo de 1987, 8 de junio y 12 de julio de 1998, 1 de julio de 1989, etc.) - y se pone en relación con los datos, que se ofrecen sobre el tema en la relación fáctica de la sentencia de instancia- que, aparte de los lazos que se derivan del hecho de que su accionariado esté, más o menos, en la titularidad de las mismas personas; tienen el mismo domicilio; guardan sus vehículos en el mismo lugar; es frecuente que los trabajadores conduzcan vehículos de cualquiera de ellas; es también frecuente que reciban órdenes indistintamente del actual Administrador Sr. P. o de otros, etc.-; la conclusión, a que llegó el Sr. Juez “a quo”, de que el grupo de empresas existe, es evidente.

OCTAVO.- Lo anterior lleva a la desestimación del recurso.

Por lo expuesto

Fallamos

Que, con desestimación del recurso de Suplicación, planteado por las Entidades demandadas, contra la sentencia, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de lo Social nº 1 de Ourense, en fecha 2 de noviembre de 1998; debemos confirmar y confirmamos el fallo de la misma.

2608 RECURSO Nº 11/98

S. S.

PROCEDENCIA DO PROCESO DE AUDIENCIA Ó REBELDE.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio González Nieto

A Coruña, a once de febrero de mil novecientos noventa y nueve.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia,

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En los presentes autos seguidos con el nº 11/98 a instancia de la Empresa “W.O.D., S.L.” representada y asistida por el Letrado don J.F.A. contra doña J.M.B., representada y asistida por el Letrado don P.P.C., siendo el objeto del litigio AUDIENCIA AL DEMANDADO REBELDE.

Antecedentes de hecho

ÚNICO.- Con fecha 23 de diciembre de 1998, se recibió en este Tribunal, demanda interpuesta por la Empresa “W.O.D., S.L.” contra la demandada ya citada, en la que se suplica se dicte sentencia en la que se declare que procede prestar audiencia contra la sentencia pronunciada por el Juzgado de lo Social Núm. Cuatro de A Coruña, para obtener su rescisión.

Por providencia de fecha 23 de diciembre último, se admitió a trámite, acordándose citar a las partes para la celebración de los actos de conciliación y juicio, señalándose, al efecto el día 14 de enero de 1999, a las diez horas, actos a los que asistió la parte demandada, no compareciendo el demandante por no constar citado en legal forma, acordándose en esa misma fecha, suspender dicho acto con la conformidad de la parte interviniente para el día 21 de enero de 1999, a los que asistieron las partes.

Abierto el acto, por la representación de la parte actora ratificó su demanda y por el representante de la demandada se opuso a la misma, por los motivos que constan acreditados en autos. Recibido el juicio a prueba, por la demandante se propuso Documental, la que fue declarada pertinente, acordándose su unión a los autos, previo traslado.

En trámite de conclusiones, las partes después de insistir en sus pretensiones las elevaron a definitiva quedando el juicio para votación y fallo, siendo Ponente el Ilmo. Sr. DON JESUS SOUTO PRIETO, se han cumplido todos los trámites legales excepto el término para dictar sentencia.

Hechos probados

Que de lo actuado en juicio se deduce como probado y así se declara: 1º).- Que la trabajadora doña J.M.B., formuló demanda de salarios contra la Empresa “W.O.D., S.L.”, en 4 de marzo de 1998, señalando como domicilio para citación de la empresa la calle...-La Coruña, en donde se ubicaba el centro de trabajo. Fue turnada al Juzgado de lo Social nº 4 de A Coruña, siguiéndose bajo el número de autos 180/98.

2º).- Por Providencia de 14-marzo-1998 se emitió a trámite la demanda, señalándose para los actos de conciliación y juicio el día 7 de septiembre a las 11,10 horas, enviándose por el Juzgado, para la citación de la empresa demandada, carta certificada con acuse de recibo a la dirección anteriormente referida. Dicha carta fue devuelta por el Servicio de Correos con la indicación de “SE AUSENTÓ”, lo mismo que había ocurrido en cuanto a la citación para la conciliación extrajudicial.

3º).- Ante ello, con fecha 26 de marzo del mismo año, el Juzgado dictó providencia requiriendo a la parte demandante para que designase nuevo domicilio de la demandada a fin de practicar su citación, contestándose por la requerida en el sentido de que desconocía otro domicilio de la empresa demandada, solicitando su citación a través del BOP así lo acordó el Juzgado por providencia de 1º de abril de 1998, y la citación por edictos se verificó en el BOP de 17 de abril de 1998 (nº 85).

4º).- Con fecha 7 de septiembre del mismo año, tuvo lugar el acto del juicio, con incomparecencia de la empresa demandada y al siguiente día 15 del mismo mes, se dictó sentencia por la que se estimó la demanda de la actora, condenando a la demandada “W.O.D., S.L.” al abono de la cantidad de 671.073 pesetas. Dicha sentencia se notificó a la demandada por edictos mediante publicación en el BOP de 5 de octubre de 1998 (nº 229).

5º).- Con fecha 30 de septiembre de 1998, la parte actora solicitó la ejecución de la sentencia, interesando asimismo su acumulación a otra ejecución contra la misma empresa derivada de los autos nº 875/97 del Juzgado de lo Social nº 2 de esta ciudad. Y así se acordó por Auto de 20 de octubre de 1998, en cuanto a la ejecución y por Auto de 5 de noviembre del mismo año, en cuanto a

la acumulación de esta ejecución nº 101/98 (derivada de autos nº 180/98) a la ejecución nº 90/98 que se tramitaba en el Juzgado de lo Social nº 2, remitiéndose a este último Juzgado la pieza separada pertinente a efectos de llevar a cabo la ejecución acumulada. Igualmente se notificó la ejecución y la acumulación mediante edictos publicados en el BOP de 17 de noviembre de 1998 (nº 264).

6º).- La ejecutada “W.O.D., S.L.” admite que tuvo conocimiento de haberse seguido contra ella el pleito de referencia, y de todas las circunstancias del mismo, en el mes de octubre de 1998, a raíz de un Fax que le remitió la entidad “F.”, expresivo del requerimiento que le efectuaba el Juzgado nº 2 -que tenía acumuladas ambas ejecuciones- sobre el embargo de las cantidades que ésta empresa pudiese adeudar a la ejecutada, para retener y poner a disposición del Juzgado dichas sumas.

7º).- La empresa ejecutada, que hoy solicita la audiencia al rebelde, se personó en el procedimiento por escrito de 3 de diciembre de 1998, y con fecha 22 del mismo mes y año formula la demanda de audiencia al rebelde de que ahora conocemos.

8º).- La parte aquí demandada no discute la situación de cerrado del centro de trabajo de... al tiempo de publicarse los edictos para la notificación de la empresa demandada, y que haya permanecido así durante la sustanciación del juicio.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- El art. 183 de la LPL regula el denominado proceso de audiencia al rebelde, remitiéndose a las normas contenidas en la LEC (arts. 762 a 789), con las especialidades de que en el proceso laboral no es necesaria la declaración formal de rebeldía del demandado, que el plazo para solicitar la audiencia será de tres meses desde la publicación de la sentencia en el BO correspondiente -plazo que aquí se cumple-, y que la competencia para decidir su procedencia o no corresponde a la Sala de lo Social, en este caso del TSJ.

La doctrina procesal moderna no concibe la audiencia al rebelde, ni como un recurso ni como un medio para obtener la rescisión de una sentencia firme, pues no se basa en causas o motivos ni siquiera en la apariencia de un hecho que pudiera hacer sospechar que la sentencia anterior es injusta o errónea -como ocurre en el denominado recurso de revisión-, y por ello no se trata de rescindir la sentencia firme y menos aún anular el proceso en el que se dictó, sino simplemente de cumplir con el principio de audiencia bilateral y contradicción,

evitando la indefensión del demandado, es decir, que no se resuelve de nuevo, pues los actos de alegación y prueba del demandante sigue válidos y no precisan ser reproducidos en la segunda fase, sino que se ofrece al demandado la oportunidad real de ser oído y después de ello se modificará o no la sentencia firme, adecuándola al resultado de la audiencia.

La declaración de rebeldía no toma en consideración el conocimiento de la existencia de un juicio contra él, ni la voluntad del demandado a la hora de comparecer o no, se parte sólo del dato objetivo de la incomparecencia y sólo se concederá si el demandado fue rebelde bien por no tener conocimiento de la existencia del proceso, o bien porque, aún teniendo ese conocimiento, no pudo comparecer por fuerza mayor. Por tanto, no se concede en todo caso al demandado rebelde, sino sólo al que se encuentra en alguno de estos casos en los que la no personación en el proceso se presume involuntaria.

Pues bien, de acuerdo con el art. 777 de la LEC, cuando el emplazamiento fue por edictos, aparte de solicitarlo dentro de plazo, se requiere acreditar haber estado ausente del pueblo de su última residencia al tiempo de publicarse en él los edictos para emplazarlo y haber estado constantemente fuera del pueblo en que se ha seguido el juicio, desde que fue emplazado para él hasta la publicación de la sentencia.

SEGUNDO.- Ya hemos visto que no se discute la ausencia del lugar de la empresa solicitante de la audiencia, que fundamenta su petición en no haber agotado el Juzgado todos los medios a su alcance para llevar a cabo la citación en forma, antes de acudir a la edictal. Y ciertamente ocurre así pues, ante el fracaso de la citación por correo certificado, no se intentó la citación personal supletoria (art. 57.1 LPL), exigencia ineludible antes de acudir a la citación por edictos (S. TCo. 72/90 de 23 de abril), ni se ofició al Registro Mercantil Central, en el que necesariamente consta el domicilio de la Sociedad Limitada demandada, ya que es obligatoria la inscripción en el Registro Mercantil de “las Sociedades Mercantiles” (art. 81 del Reglamento del Registro Mercantil aprobado por RD 1.527/89, de 29 de diciembre), debiendo constar en la inscripción primera, entre otras circunstancias, “el domicilio de la sociedad” (art. 174.5º), datos estos que los Registradores Mercantiles deben remitir al Registro Mercantil Central (art. 349), institución que fue creada precisamente a efectos identificadores como se cuida de señalar la propia Exposición de Motivos del Reglamento al decir: “El Registro Mercantil Central aglutina en su archivo los datos de todas las inscripciones que se practican en los Registros Territoriales, lo que

facilita la búsqueda de información cuando se desconoce el domicilio de los sujetos inscribibles...”

Se ha producido así el quebrantamiento de garantías esenciales del juicio, por no efectuar el emplazamiento conforme a la Ley y procede la audiencia al rebelde dado que, cuando concurren aquéllas circunstancias excepcionales que señala el citado art. 777 de la LEC, entonces el conocimiento formal de la existencia del juicio que dá la citación por edictos, y que la Ley admite como solución última para asegurar el ejercicio de la jurisdicción, se convierte ya en certeza moral de que el demandado no tuvo posibilidad real de ser oído.

En consecuencia, procede estimar la demanda y,

Fallamos

Que debemos declarar y declaramos haber lugar a la Audiencia en Rebeldía solicitada.

2609 RECURSO N° 5.557/98

S. S.

INEXISTENCIA DE ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS ENTRE ASESORA TÉCNICO-CONTABLE E CONCELLO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio González Nieto

A Coruña, a quince de febrero de mil novecientos noventa y nueve.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia,

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 5.557/98 interpuesto por el CONCELLO DE MUGARDOS contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. UNO de Ferrol.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña M.P.J.G. en reclamación de DESPIDO siendo demandado el CONCELLO DE MUGARDOS en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 254/97 sentencia

con fecha dieciséis de septiembre de mil novecientos noventa y ocho por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “**PRIMERO.-** El día 8 de marzo de 1994 el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento demandado dictó un Decreto acordando en su apartado segundo “contratar con carácter urgente, polo sistema de adxudicación directa e por prazo de seis meses os servicios de asistencia técnica (prestación de servicios profesionais) precisos para a utilización e manexo do devandito programa informático-contable, ata un prezo máximo de dous millóns duascentas mil pesetas (2.200.000 ptas.); debéndose consultar o efecto, e antes de facer a adxudicación, a tres persoas debidamente cualificadas para levar a cabo estas tarefas...”./**SEGUNDO.-** Una vez presentadas las correspondientes ofertas, el Alcalde-Presidente acordó adjudicar el contrato a la demandante doña P.J.G., diplomada en ciencias empresariales, especialidad de informática de gestión, por el precio de 1.680.000 pesetas y por el plazo de seis meses. Esta adjudicación se materializó mediante la suscripción de un contrato fechado el 14 de marzo de 1994, obrante en autos y que se da aquí por reproducido en su integridad, en el cual ambas partes convinieron en el arrendamiento informático contable. El tiempo de duración del contrato se fijó en seis meses, pactándose el pago del precio de 1.680.000 pesetas en seis mensualidades, y fijando un horario de trabajo de 8 a 14, 30 horas, de lunes a viernes. Finalmente, estipularon en la cláusula quinta que “non no previsto por este contrato rexerá o estipulado no Código Civil, sen que baixo ningún concepto a presente relación deba cualificarse de laboral”./ Este contrato fue modificado en octubre de 1994, acordándose que el demandado abonaría a la actora una cantidad fija de 52.800 pesetas en concepto de gastos de desplazamiento; esta cantidad se deduciría mensualmente del precio total del servicio que pasa a ser de 227.200 pesetas mensuales. Este contrato fue prorrogándose sucesivamente hasta el 31 de diciembre de 1996, fijándose el precio a partir de marzo de 1995 en la cantidad mensual de 237.197 pesetas y una cantidad fija de 54.648 pesetas, en concepto de gastos de desplazamiento./ **TERCERO.-** El día 30 de diciembre de 1996 el Alcalde-Presidente del Concello de Mugardos y la actora suscribieron un nuevo contrato, obrante en autos y que aquí se da por reproducido en su integridad, para llevar a cabo las tareas de contabilización del presupuesto municipal de 1995. En este contrato, calificado por las partes como de arrendamiento de servicios y con una duración inicial de dos meses, se pactó una retribución total por todos los conceptos de 540.098 pesetas y 120.225 pesetas, en concepto de gastos de

desplazamiento. El contrato así pactado fue prorrogado hasta el 30 de abril de 1997, si bien la actora siguió prestando sus servicios hasta el 14 de mayo siguiente, fecha en que fue cesada por el Concello demandado. En el último mes de trabajo la actora percibió la cantidad de 330.162 pesetas./ **CUARTO.-** La actora prestaba sus servicios en el Concello de Mugardos de lunes a viernes, en horario de 08:00 horas a 15:00 horas, bajo la dirección del Alcalde-Presidente y del Secretario quien dirigía los trabajos de informática y le marcaba los objetivos, sin ningún técnico intermedio. El precio fijado en el contrato lo percibía la actora mensualmente, emitiendo las correspondientes facturas en las que se incluía el I.V.A. Los periodos de vacaciones de la actora se fijaban al mismo tiempo que las de los trabajadores de plantilla del Ayuntamiento, incluyéndose en las listas correspondientes./ **QUINTO.-** La actora formuló el escrito de reclamación previa el día 2 de junio de este año, la cual fue desestimada por resolución de la Alcaldía del día 5 del mismo mes, presentando la demanda ante el Juzgado Decano de Ferrol el día 12 siguiente.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “**FALLO:** Estimo la demanda sobre DESPIDO formulada por doña M.P.J.G. contra el AYUNTAMIENTO DE MUGARDOS y, en consecuencia, declaro la improcedencia del despido efectuado y condeno a la empresa demandada a que, a su opción, readmita a la trabajadora despedida en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían antes del despido o le abone una indemnización de 1.571.209 (un millón quinientas setenta y una mil doscientas nueve) pesetas, entendiéndose que si no opta en el plazo de cinco días procederá la readmisión y, en todo caso, a que le abone los salarios dejados de percibir a razón de 11.005 pesetas diarias y que hasta la fecha de la presente sentencia alcancen la cantidad de 5.392.646 (cinco millones trescientas noventa y dos mil seiscientas cuarenta y seis) pesetas”.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandada siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia, desestimando la excepción de incompetencia de jurisdicción, y estimando la petición subsidiaria, declaró improcedente el despido y condenó a la empresa demandada, a que a su opción, readmitiera a la trabajadora en su puesto de trabajo, en las mismas condiciones que regían antes del despido, o

le abone una indemnización de 1.571.209 pts y en todo caso los salarios de tramitación dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia, que cifraba en la cantidad de 5.392.646 pts.. Decisión judicial que es recurrida por el Ayuntamiento demandado, formulando recurso de suplicación, que articula en tres motivos diferentes, en el primero pretende la revisión de los hechos declarados probados, en tanto que en el segundo, denuncia el derecho aplicado y en concreto infracción del art. 1.3.g) del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el art. 2.a) de la Ley de Procedimiento Laboral, infracción del art. 91.2 de la L.P.L., e infracción de la jurisprudencia, y en concreto de las sentencias del Tribunal Supremo de fechas 18-4 y 30-6-88 y de 01.03.90, y en el tercero, subsidiariamente, de no estimarse el motivo segundo, infracción por inaplicación del art. 49.3 del Estatuto de los Trabajadores, por entender que el contrato se había extinguido por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato.

SEGUNDO.- Como primer motivo del recurso, con adecuado amparo procesal, se pretende la revisión de los hechos declarados probados y en concreto el ordinal segundo, a fin de que se adicione un párrafo del tenor literal siguiente: “Con anterioridad a la contratación de la actora para la prestación de servicios de asesoramiento técnico-contable (primer contrato de fecha 14 de marzo de 1994), ésta presentó oferta de prestación de servicio en fecha 11 de marzo de 1994, en la cual indicaba (1. El servicio será prestado en su Ayo. En horario laboral normal de lunes a viernes, de 8,30 a 14,30 (sábados, Domingos y Festivos no incluidos; 2. Los gastos de desplazamiento manutención, Impuesto de Actividades Económicas y Seguridad Social serán de mi cuenta...; 4. El tiempo estimado como necesario será de seis meses. 5. El importe bruto total ascendería a 1.750.000 pts). Que dichas condiciones exigidas por la actora fueron recogidas en el contrato celebrado con la misma en fecha 14 de marzo de 1994, a excepción del precio de los servicios que se pactó en 1.680.000” “En las sucesivas prórrogas del contrato celebrado en fecha 14 de marzo de 1994, y a medio de sucesivos decretos y resoluciones de la alcaldía (entre otras, resoluciones nº 302/96 y 320/96, de 31 de octubre y de 14 de noviembre, respectivamente), se advertía expresamente a la actora que el contrato de asesoramiento informático-contable se prorrogaría como límite máximo al 31.12.96, supeditado hasta no entrase en posesión de la plaza la persona aprobada para técnico informático-contable según convocatoria pública publicada en B.O.E. de fecha 07.06.96”. Adición que salvo en lo que consta en el relato fáctico de la sentencia, no se acepta, al no aportarse documento que demuestre el error del juzgador, pretendiendo hacer una valoración de la

prueba ya practicada por el Magistrado de instancia. Se pretende igualmente la modificación del hecho probado cuarto, a fin de que quede redactado del tenor literal siguiente: “La actora prestaba servicios en el Concello de Mugardos, en horario de 08:30 horas a 14:30 horas, que ella misma le impuso al Ayuntamiento en oferta de contratación enviada al Ayuntamiento en fecha 11 de marzo de 1994”. “En el desarrollo de los trabajos de informático-contable no existía ningún técnico intermedio contable o informático que le dirigiese sus trabajos”. “El precio fijado en el contrato, que fue en un principio de 1.680.000 pts, y en el último contrato de 540.000 pts, lo percibía la actora mensualmente, emitiendo las correspondientes facturas en las que se incluía el I.V.A.. La actora corría con los gastos de Seguridad Social -régimen de autónomos-, así como el Impuesto de Actividades Económicas, así como los de desplazamiento y manutención”. “En el calendario de vacaciones correspondiente al año 1994 consta incluida la actora pero únicamente por el periodo de 1-12 de agosto, no constando en otros calendarios posteriores”. “La actora en el año 1994 simultaneó servicios, tanto para el Ayuntamiento de Xermade (Lugo) como para el de Mugardos”. Petición que-salvo lo que ya consta en el factum de la sentencia- no se acepta, pues como ya declaró la sentencia de esta Sala de 13.05.98 (Rec. 1.342/98): “no se acepta, pues lo que en realidad se pretende es, con apoyo en los mismos documentos que el Juez valoró para formar su convicción, hacer una interpretación o valoración distinta a la efectuada por el juzgador de instancia para llegar a la conclusión, diferente de la razonada en la sentencia, en el sentido de que no había dependencia orgánica ni funcional en el desarrollo de los servicios de informático-contable llevada a cabo por la actora, tratando de apoyar la inexistencia de relación laboral en el hecho de que la actora corría con los gastos de Seguridad Social, así como el Impuesto de Actividades Económicas. En cualquier caso, al ser éste un tema que afecta al orden público del proceso, la Sala debe -de conformidad con constante y reiterada doctrina jurisprudencial, acogida por las sentencias del T.S., entre otras de 10 y 18.12.89 (R. 8.877 y 8.975) y de 14/1, 9/2 y 05.03.90 (R. 204, 886 y 1.757)- examinar en su integridad las actuaciones de instancia, incluida toda la prueba, para así disponer de cuantos elementos de juicio son indispensables cara a un correcto funcionamiento sobre dicha cuestión de competencia”.

TERCERO.- Como segundo motivo con adecuado amparo procesal -sobre examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida- se denuncia infracción del art. 1.3.g) del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el art. 2.a) de la Ley de Procedimiento Laboral, por entender que la

relación que unía a la actora con la demandada era de naturaleza civil o mercantil, arrendamiento de servicios, pero en ningún caso laboral.

Censura jurídica que no merece favorable acogida, pues como declaró esta Sala en la sentencia de que se hizo mención: “En primer lugar, el hecho de que en los contratos se denomine la relación que liga a las partes como un arrendamiento de servicios, no excluye, por sí sólo, la relación laboral, pues es doctrina reiterada del T.S., entre otras S. 03.12.91 (R. 544/91), 16.03.92 (R. 1.105/91), 22.07.92 (R. 2.651/91), 25.05.93 (R. 2.477/91) y la más reciente de 20.09.95, que para clarificar la naturaleza de un contrato ha de atenderse a lo que resulte acreditado en cuanto a su realidad, sin que sea decisivo el “nomen iuris” que las partes le hayan atribuido. Así en el supuesto enjuiciado, la demandante prestaba sus servicios en el Ayuntamiento de Mugardos de lunes a viernes en horario de 8 a 15 horas, bajo la dirección del Alcalde-Presidente y del Secretario, quien dirigía los trabajos de informática y le marcaba sus objetivos, percibiendo una retribución mensual como contraprestación a los servicios prestados. Es evidente, que concurren las notas que configuran el contrato de trabajo conforme a lo establecido en el art. 1.1 del Estatuto de los trabajadores, es decir: prestación personal de servicios, ajeneidad, retribución y dependencia. Resultando irrelevante para desnaturalizar el contrato laboral el hecho de que la actora corriera con los gastos de S.S. así como el Impuesto de Actividades Económicas, ya que esta circunstancia no interfiere en la relación de derechos y obligaciones dimanantes del referido contrato. Ha de declararse, en consecuencia, la competencia de este orden jurisdiccional social para conocer de la cuestión planteada, conclusión ésta a la que ha llegado, con acierto, el juzgador de instancia...”.

CUARTO.- Se denuncia igualmente infracción del art. 91.2 de la L.P.L. por entender que a la actora se la debió tener por confesa en la sentencia de los hechos aducidos por ésta parte en la contestación de la demanda, ya que pidió en tiempo y forma su citación a prueba de confesión judicial, a medio de escrito de fecha 16.07.97, prueba admitida por el Juzgado a medio de providencia del mismo día 16 y notificada a ambas partes, sin que en el acto del juicio hubiera comparecido ni alegara justificación alguna, acto en que se volvió a pedir la confesión judicial de la misma, como así consta en la propia acta del juicio. Prueba que por la parte demandada se considera esencial para explicar con minuciosidad los servicios que prestaba la actora, y en concreto la independencia de que gozaba en su cometido, la ausencia de cualquier poder de dirección sobre dichos servicios, su simultaneidad en otras entidades al mismo tiempo que el Ayuntamiento de Mugardos, etc.

Censura que igualmente se rechaza, porque, es facultad del juzgador de instancia, ante la incomparecencia de la confesante, tenerla o no por confesa, que puede ejercitarse o no, según entienda que la restante prueba practicada le ofrece elementos de juicio suficientes para formar su convicción sobre los hechos constitutivos, impeditivos o extintivos determinantes del proceso, que ha de fallar, pues la nueva situación de rebeldía en que se haya colocado una parte litigante, no es suficiente para que se la tenga por confesa, pues, la denominada “ficta confessio”, está reconocida en nuestro ordenamiento jurídico como una facultad de los tribunales que en su aplicación habrá de tener en cuenta la valoración de los demás medios de prueba, no estando obligado el juzgador a tenerlo por confeso, sino que es potestativo hacerlo o no, de tal modo, que el tener por confesa a la parte incomparecida y citada de confesión, es siempre facultad exclusiva del juzgador, no revisable en suplicación, máxime cuando el propio impugnante pidió su comparecencia a confesión judicial, en diligencia para mejor proveer no practicada.

QUINTO.- Subsidiariamente, por la parte demandada, al no haberse aceptado la excepción de incompetencia de jurisdicción, se alega infracción por inaplicación del art. 49.3 del E.T., por entender que el contrato de trabajo se extinguío por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato .

Censura jurídica que no merece favorable acogida, por cuanto al tratarse de una cuestión nueva se produciría indefensión a la contraparte, pues en ningún momento fue alegada dicha pretensión subsidiaria antes del recurso, pues, por el Ayuntamiento demandado, en todo momento basó su oposición en la excepción de incompetencia de jurisdicción y en la caducidad de la acción ejercitada. Caducidad esta última que igualmente fue rechazada por esta Sala en la sentencia de que se hizo mención: “así sentado que la finalización de servicios prestados por la actora al Ayuntamiento de Mugardos se produjo el día 14.05.97, acreditado por la propia resolución del Ayuntamiento de fecha 05.06.97, que deniega la reclamación previa, y no el 30 de abril como declaró la sentencia de instancia, la acción ejercitada con la reclamación previa el día 2 de junio, y la posterior demanda de 12 de junio de 1997, está dentro del plazo de los veinte días que establece el art. 59.3 del E.T., teniendo en cuenta que desde el 14 de mayo de 1997 al 2 de junio, fecha en que se presenta la reclamación previa, han transcurrido 16 días, quedando suspendido el plazo de caducidad y, al haberse notificado el 9 de junio la resolución administrativa denegatoria de la reclamación previa, el cómputo de la caducidad se inicia el día 10 de junio y al interponerse la

demandó el día 12, es obvio que no había transcurrido el plazo de los 20 días”.

Por lo que al no ofrecer duda que existió una relación laboral indefinida desde el 14.03.94 al 14.05.97 y dado que el cese se produjo verbalmente, sin que exista constancia escrita ni alegación de causa el 14.05.97, según aparece acreditado y reconoce el propio Ayuntamiento demandado, en la resolución de la Alcaldía de fecha 5 de junio de ese año, al no constar acreditada la causa del cese, procede declarar improcedente el despido confirmando en todas sus partes la sentencia de instancia.

SEXTO.- De conformidad con el art. 233 de la L.P.L., las costas del recurso de impondrán a la parte recurrente en la que se incluyen los honorarios de la parte impugnante en cuantía de 25.000 pts.

Por lo expuesto

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por el CONCELLO DE MUGARDOS, contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. UNO de Ferrol, de fecha dieciséis de septiembre de mil novecientos noventa y ocho, dictada en autos núm. 254/97 seguidos a instancia de doña M.P.J.G. contra el CONCELLO DE MUGARDOS sobre DESPIDO, confirmando íntegramente la resolución recurrida. Se imponen a la parte recurrente las costas del recurso, en la que se incluyen los honorarios de la parte impugnante en cuantía de 25.000 pts.

2610 RECURSO N° 169/96

S. S.

INEXISTENCIA DE PRESCRICIÓN DO DEREITO A RECLAMAR COMPLEMENTO DE PENSIÓN DE XUBILACIÓN.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Luis F. De Castro Fernández

A Coruña, quince de febrero de mil novecientos noventa y nueve.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia,

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 169/96 interpuesto por “B.C.H.A., S.A.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. UNO de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don J.A.A.F., don J.C.T., don L.M.N., don J.P.P., don J.R.C. y don F.R.S. en reclamación de SALARIOS siendo demandado “B.C.H.A., S.A.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 473/94 sentencia con fecha veinticuatro de octubre de mil novecientos noventa y cinco por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1º.- Que los actores prestaron servicios para la demandada, pasando a la situación de jubilados en las siguientes fechas:

D. J.A.A.F. el 31.01.91.

D. J.C.T. el 01.11.90.

D. L.M.N. el 01.05.91.

D. J.P.P. el 01.04.92.

D. J.R.C. el 01.09.90.

D. F.R.S. el 31.05.91.

2º.- Que con fecha 04.05.90, se interpuso demanda de Conflicto Colectivo por la Federación Estatal de Banca y Ahorro de CC., en el que se reclamaba el derecho de los trabajadores del demandado a percibir el complemento económico diferencial con cargo al empleador en los supuestos de jubilación entre la prestación reconocida por la Seguridad Social y el 100% de sus percepciones totales anuales, con independencia de la edad de jubilación y de los años de servicios prestados a la Entidad Bancaria.

3º.- Que por el Juzgado de lo Social nº 24 de Madrid, se estimó la citada demanda de Conflicto Colectivo por sentencia de fecha 14.07.90, condenando a la demandada a que en los supuestos jubilatorios de su personal afectado por el Convenio Colectivo del Sector, abone el derecho económico que corresponda como diferencia entre las prestaciones reconocidas por la Seguridad Social y el salario anual percibido por el trabajador interesado.

4º.- Que dicha Sentencia fue confirmada por la Audiencia Nacional en fecha 18 de julio de 1991, siendo a su vez ésta confirmada por la sentencia del T.S. de fecha 28.05.93.

5º.- Que los actores reclaman las cantidades que se reflejan en el hecho 5º de la demanda, cuyo contenido se da por reproducido, según el cálculo que con la misma se acompaña, y que asimismo se da por reproducido, y que ascienden a las siguientes cantidades: don J.A.A.F. 586.360 pesetas; don J.C.T. 579.167 pesetas; don L.M.N. 431.568 pesetas; don J.P.P. 507.468 pesetas; don J.R.C. 552.960 pesetas. y don F.R.S. 486.452 pesetas.

6º.- Que se ha celebrado en fecha 07.06.94 acto de conciliación con resultado de “sin efecto”, en virtud de papeleta presentada el 27.05.94.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que desestimando la excepción de prescripción planteada y estimando la demanda interpuesta por don J.A.A.F. y O. contra la Empresa “B.C.H.A., S.A.”, debo declarar y declaro que dicho demandado adeuda a los actores las siguientes cantidades: a don J.A.A.F. 586.360 pts, a don J.C.T. 579.167 pts, a don L.M.N. 431.568 pts, a don J.P.P. 507.468 pts, a don J.R.C. 552.960 pts, y a don F.R.S. 466.452 pts, a cuyo abono se le condena”.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandada siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Se recurre por el Banco demandado la sentencia de instancia, estimatoria de diferencias por complemento en pensión de Jubilación, y en primer término se solicita -vía art. 191.a) LPL- la reposición de las actuaciones al momento previo en que fue dictada la decisión judicial, por considerar que para la adecuada resolución del debate suscitado se hacen de imprescindible constancia los datos relativos a la “edad de los demandantes al momento de la jubilación, la fecha de antigüedad en la empresa, así como la circunstancia de si en el complemento de jubilación asignado por el Banco se han computado únicamente los conceptos retributivos de Convenio o también percepciones extra-Convenio o de carácter voluntario, produciendo con ello una evidente indefensión a esta parte”.

Y con carácter subsidiario de la nulidad de actuaciones se interesa -ya con el amparo del art. 191.b) LPL- la revisión de los HDP, al objeto de:

(1º) complementar el ordinal número uno con la indicación de que “Todos los demandantes ingresaron en el Banco con anterioridad al 8 de marzo de 1980, contando en el momento de su Jubilación con 60 a más años de edad -sin alcanzar los 65 años- y con 40 o más años de servicio efectivo en la empresa”; (2º) añadir un nuevo HDP, expresivo de que “Para la determinación del complemento de Jubilación a su cargo, la empresa demandada computó, además de los conceptos retributivos de Convenio, el concepto C67- Complemento de Puesto de Trabajo, y el concepto C54-Sobresueldo de Comportamiento y Gestión, en las siguientes cuantías:

-D.J.P.P.: C67 775.230
-D. F.R.S.: C54 28.574
-D. L.M.N.: C54 11.056
-D.J.A.A.F.: C67 185.000
-D. J.R.C.: C54 19.731
-D. J.C.T 185.000;

y 3º) incorporar al relato de hechos la indicación de que “Los actores prestaron su conformidad al complemento de pensión asignado por el Banco con las siguientes cuantías: don F.R.S., 1.505.626 pts; don L.M.N., 1.285.051 pts; don J.A.A.F., 1.740.951 pts; don J.R.C., 1.619.129 pts; y don J.C.T., 1727.985 pts”.

SEGUNDO.- La adecuada resolución de los precedentes motivos impone recordar los términos en que ambas parte litigantes plantearon en la instancia sus respectivas posiciones. Los accionantes se limitaron en su demanda a hacer indicación de la fecha en que se jubilaron, así como a las datas en las que se había interpuesto demanda de Conflicto Colectivo, obtenido sentencia favorable a sus pretensiones en primera instancia, en la Audiencia Nacional y Tribunal Supremo, y a referir que según tal criterio judicial tenían derecho a percibir “la diferencia entre las prestaciones reconocidas por la Seguridad Social y el salario anual percibido por el trabajador interesado”. Y la hoy recurrente limitó toda su oposición en el acto de juicio a (a) alegar prescripción de la acción e inexistencia de cosa juzgada por la sentencia dictada en el procedimiento de Conflicto Colectivo; (b) a argumentar que “el Banco demandado únicamente está obligado a abonar como complemento de pensión el 100 por 100 del salario de convenio, pero no el salario real en el que se incluyen gratificaciones o mejoras voluntarias”; (c) a destacar que los actores habían prestado en su día conformidad a las condiciones de Jubilación; y (d) a sostener que “alguno de los actores cobra mayor cantidad de la que le correspondería legalmente, en virtud de acuerdos voluntarios”.

TERCERO.- Se rechaza la pretensión de nulidad de actuaciones, por ser constante doctrina jurisprudencial (así, SSTS 9-marzo-89 Ar. 1.812 y 22-marzo-90 Ar. 2.323; y SSTSJ Galicia de 20-noviembre-96 R. 489/94 y 17-marzo-98 R. 2.793/95), que la valoración sobre la suficiencia o insuficiencia de los hechos probados constituye facultad privativa de la Sala, no siéndole dable a la parte pretender el efecto anulatorio de la sentencia con el fundamento de que determinados elementos hubieran tenido que acceder al «factum», sino que a la recurrente corresponde tan sólo la posibilidad que le atribuye el art. 191.b LPL, esto es, la de intentar modificar, añadir o suprimir alguno de los HDP para el supuesto de entender que la versión ofrecida por el Magistrado incurre en error o ha omitido datos que sean decisivos para el signo del fallo (SSTSJ Galicia 20-noviembre-96 R. 489/94, 17-marzo-98 R. 2.793/95 y 16-junio-98 R. 4.613/95). Y menos ha de aceptarse la pretendida indefensión, cuando ninguna objeción se puso al planteamiento fáctico y jurídico de la demanda.

CUARTO.- Pero tampoco se admite la revisión que subsidiariamente se pretende, porque los términos -ya referidos- de la contestación al escrito rector del proceso hace extemporáneo pretender ampliar el debate a las minuciosas consideraciones de hecho que en el recurso se hacen (15 folios) y que contrastan con la muy limitada defensa adoptada en la instancia, concretada -aparte de la prescripción y falta de cosa juzgada- en que el complemento de pensión no alcanza a las gratificaciones voluntarias (no se indica cuáles), a que los demandantes habían aceptado el complemento de pensión asignado por el Banco y a que “alguno” (sin especificar) percibe cantidad superior a la que legalmente tendría derecho. El planteamiento que se suscita en este trámite, pudo haberse hecho en la instancia, pero no procede hacerlo por primera vez en este trámite, pues es inconcusa doctrina jurisprudencial la de que el recurso de Suplicación tiene naturaleza extraordinaria y que por ello en él tan solo tiene cabida -aparte de cuestiones procesales y de orden público- el examen de materias suscitadas y decididas en la instancia, de manera que no cabe innovar cuestiones diversas y que han de rechazarse precisamente por novedosas (a título de ejemplo, la STS 22-diciembre-89 Ar. 9.261; y las SSTSJ Galicia 9-enero-97 R. 2.706/94, 17-enero-97 R. 5.860/96, 21-febrero-97 R. 1.588/94, 25-septiembre-97 R. 3.515/97, 27-marzo-98 R. 859/98, 13-abril-98 R. 2.844/95, 30-abril-98 R. 3.622/95, 22-octubre-98 R. 3.732/98, 29-octubre-98 R. 3.744/98, 6-noviembre-98 R. 4.184/95 y 16-diciembre-98 R. 5.517/95). Por lo mismo únicamente podría acogerse -de entre las revisiones propuestas- la que se expone en el cuarto de los motivos y que alude a que “Los actores prestaron su conformidad al complemento de pensión asignado

por el Banco con las siguientes cuantías: don F.R.S., 1.505.626 pts; don L.M.N., 1.285.051 pts; don J.A.A.F., 1.740.951 pts; don J.R.C., 1.619.129 pts; y don J.C.T., 1.727.985 pts”. Y aunque ciertamente los actores hubiesen firmado el “enterado y conforme” de las respectivas comunicaciones (lo acreditan los folios 148, 153, 158, 163 y 167 que el recurso cita en su apoyo), ha de serlo con el añadido -ciertamente significativo- de que en los respectivos escritos se indica por el Banco que “dicha cifra responde a unos cálculos provisionales, en cuanto dependen de la variación de salarios que pueda producirse para el presente año y de la cantidad que le asigne el Instituto Nacional de la Seguridad Social en concepto de derechos pasivos”.

QUINTO.- En el apartado de examen del Derecho y por el cauce del art. 191.c) LPL, el recurso denuncia en primer término la infracción del art. 59.1 ET, en relación con los arts. 157.2 LPL y doctrina jurisprudencial interpretativa.

1.- A tales efectos ha recordarse que -HDP- los actores se han jubilado entre el 1-noviembre-1990 y el 1-abril-1992; que la demanda por Conflicto Colectivo sobre la materia de autos se interpuso en 4-mayo-1990, habiendo recaído en 14-julio-90 la sentencia del Juzgado de lo Social, confirmada por la Audiencia Nacional en 18-julio-1991 y por el Tribunal Supremo en fecha 28-mayo-1993; y que la papeleta de conciliación fue presentada el 27-mayo-1994.

2.- Así las cosas no puede prosperar la decadencia del derecho (obviamente referida al periodo reclamado, desde la fecha de la Jubilación y hasta la de la demanda), por cuanto que la doctrina jurisprudencial tiene reiteradamente declarado (SSTS 16-diciembre-1996 Ar. 9.805, 29-septiembre-1994 Ar. 7.261 y 26-julio-1994 Ar. 7.065), que si bien el art. 59.2 ET y el art. 1.969 CC son coincidentes -SSTS 21-noviembre-1988 Ar. 8.838, 12-diciembre-1988 Ar. 9.598 y 23-diciembre-1989 Ar. 9.264- respecto de que «el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine se contará desde el día en que pudieran ejercitarse» y de que, por ello, para exigir percepciones económicas el plazo comienza su cómputo a partir de la fecha en que no fueron percibidas o lo fueron en inferior cuantía (SSTS 16-julio-1984 Ar. 4.174, 7-octubre-1985 Ar. 4.671, 6-noviembre-1986 Ar. 6.290, 19-diciembre-1988 Ar. 10.076 y 20-febrero-1990 Ar. 1.124), resultando indudable que el derecho no nace con la sentencia firme que lo proclama en proceso colectivo. Pero que, de todas formas, ha de tenerse en cuenta que la prescripción de la acción se interrumpe, conforme al art. 1.973 CC, «por su ejercicio ante los

Tribunales, por la reclamación extrajudicial y por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor»; sin que quepa duda alguna que la pendencia de proceso colectivo -singularidad del derecho laboral que tiene finalidad de economía procesal y el evitar sentencias contradictorias que afectarían al principio de seguridad jurídica- constituye motivo suficiente para estimar interrumpida la prescripción, dentro de una interpretación razonable del indicado art. 1.973 CC en la esfera laboral, a partir de la fecha de iniciación de aquel proceso colectivo. Así, se ha afirmado por la misma doctrina (STS 25-marzo-1992 Ar. 1.873) que «los efectos que, sobre el invocado instituto de la prescripción, pudiera tener el hecho de la tramitación de los referidos procesos de conflicto colectivo exige la toma en consideración de la especial naturaleza de éstos, en cuanto afectan a intereses comunes de un grupo genérico de trabajadores por versar sobre la interpretación y alcance de una norma a ellos atinente. El riesgo de eventuales sentencias contradictorias, si coetáneamente al proceso de conflicto colectivo se ejercitan demandas individualizadas, y el efecto vinculante de la sentencia firme que da fin a aquél, justifica la inactividad de parte, en cuanto a las reclamaciones individuales». Y que (SSTS 30-junio-1994 Ar. 5.508, dictada en Sala General, y de 15-julio-1994 Ar. 6.668 y 23-julio-1994 Ar. 7.063) de no existir una interconexión entre el proceso colectivo y el individual vinculado al mismo «no se lograrían en muchos casos las finalidades que se persiguen con esta especialista modalidad procesal, dejando vacía de contenido y quebrantando su propia razón de ser», y que «el efecto que produce el proceso de conflicto colectivo, una vez que se interpone e inicia sobre los procesos individuales es el de suspender el trámite de los mismos hasta que adquiera firmeza la sentencia que ponga fin a aquél». Y si esto es así -continúan las resoluciones dictadas- no sería lógico obligar al trabajador a ejercitar su acción individual una vez instado el proceso colectivo, para luego suspender el proceso incoado a su instancia hasta que la sentencia dictada en proceso colectivo adquiera el carácter de firme; más razonable parece pensar que el art. 1.973 CC debe ser interpretado -lejos de la identidad esencial de acciones exigida en el campo civil- atendiendo a la especial naturaleza del proceso que nos ocupa, de modo que la sola interposición del proceso colectivo, y desde la fecha de su formulación, produce, como antes se ha afirmado, la interrupción de la prescripción respecto a la acción individual vinculada al mismo, en cuanto, como también afirma la antes citada STS 30-junio-1994, si bien entre el conflicto colectivo y los individuales «existen claras diferencias tanto subjetivas, como objetivas en lo que se refiere a las acciones ejercitadas», no cabe negar que la sentencia dictada en el proceso colectivo produce sobre los

individuales «una prejudicialidad que presenta unas connotaciones tan específicas que muy bien podría calificarse de prejudicialidad normativa»; tal acción colectiva, con los contornos prefijados, y, en cuanto el órgano colectivo demandante, representa a todos los trabajadores, haría desaparecer los fundamentos en que se basa la prescripción: abandono de la acción por el interesado y exigencia del principio de seguridad jurídica.

SEXTO.- No mejor fortuna corresponde a la denunciada infracción de los arts. 3.1.c) ET, 1.255 y 1.256 CC, que el recurso argumenta -en síntesis- sobre la base de considerar que los hoy accionantes prestaron conformidad al complemento de Jubilación asignado por el Banco, en consentimiento que ha de serles impuesto -parece que es lo que se pretende- por la vía de los propios actos.

Una vez más se ha de traer a colación -SSTSJ Galicia 16-julio-96 R. 2.821/96, 14-enero-97 R. 2.532/94, 15-enero-97 R. 3.406/94 y 15-octubre-98 R. 3.793/95- que la indicada doctrina de los propios actos (reforzada en el derecho de obligaciones por el art. 1.258 CC, y muy singularmente en el contrato de trabajo, conforme a los arts. 5.a), 20.2 y 54.2.d) ET), es desarrollo del apotegma «proprium factum nemo impugnare potest», se halla construida sobre la base de la buena fe y del art. 7 CC (SSTS 10-mayo-89 Ar. 3.752 y 20-febrero-90 Ar. 705; SSTC 67/1984, de 7-junio, 73/1988, de 21-abril, y 198/1988, de 24-octubre), y se concreta en proclamar la vinculación del autor de una declaración de voluntad al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento que contradiga aquélla; conducta vinculante -sostiene la Jurisprudencia ordinaria- que ha de expresarse en actos concluyentes e indubitados que no sólo han de responder a una plena libertad de criterio y voluntad no coartada, sino que también causen efecto -definiendo inalterablemente la situación jurídica- por su carácter trascendental, por constituir convención o por ir encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho, de manera que el principio de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos sólo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que previamente hubiesen creado una relación o situación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla (SSTS de 16-noviembre-67 Ar. 4.160, 6-febrero-74 Ar. 2.440 y 27-diciembre-76 Ar. 5.649, 16-junio-84 Ar. 3.246, 5-octubre-84 Ar. 4.758, 22-junio-87 Ar. 4.545, 25-septiembre-87 Ar. 6.278, 5-octubre-87 Ar. 6.717, 25-enero-89 Ar. 123, 4-mayo-89 Ar. 3.585, 10-mayo-89 Ar. 3.752 y 20-febrero-90 Ar. 705 y 23-marzo-94 Ar. 2.624). Supuesto que no es precisamente el de autos, en el que se comunica a los trabajadores que van a

jubilarse anticipadamente un complemento que “responde a unos cálculos provisionales” y precisamente cuando media Conflicto Colectivo sobre la forma de determinar su importe, lo que excluye una voluntad -concluyente, indubitable y atribuible a una plena libertad de criterio- de vincularse con carácter definitivo a tan provisional importe.

SÉPTIMO.- En último término se denuncia la vulneración del art. 40 del Convenio Colectivo de la Banca Privada, y de los arts. 37.1 de la CE y 82 del ET, en relación con los arts. 2, 11 y 16 OM 28-diciembre-1966.

1.- La denuncia se argumenta sobre la base - resumimos- de considerar: (a) que los demandantes se jubilaron entre septiembre-1990 y abril-1992; (b) que todos ellos ingresaron en el Banco con anterioridad a 8-marzo-1980, contando en el momento de su Jubilación 60 o más años (sin alcanzar los 65) y 40 años o más de servicios efectivos; (c) que para calcular el complemento, el Banco computó los conceptos C67 (complemento de puesto de trabajo) y C54 (sobresueldo de comportamiento y gestión); (d) que el art. 40 de los Convenios Colectivos vigentes a la fecha de jubilación de los actores (los aprobados por Resoluciones de 16-julio-1990 y 23-junio-1994) distingüía diversos supuestos para determinar la fórmula de cálculo del complemento de jubilación a cargo del Banco, pero en su apartado quinto disponía que “Excepcionalmente, al personal ingresado en la Empresa antes de marzo de 1980, que se encuentre en activo a la entrada en vigor del presente Convenio y tenga cumplidos cincuenta y cuatro años de edad a la entrada en vigor del presente Convenio, le continuará siendo de aplicación el régimen de prestaciones complementarias de jubilación establecido en el Convenio Colectivo suscrito el 26 de marzo de 1984, en lugar del expuesto en el punto cuarto anterior”; y (e) que el art. 40 del indicado Convenio de 1984, distingüía -a su vez- tres supuestos jubilatorios, en función de la edad y antigüedad del empleado, de los que el recurso deduce que a los actores les correspondía percibir un complemento que en unión de la prestación de la Seguridad Social supusiese el “95 por 100 de las percepciones totales anuales que tuvieran por aplicación del Convenio, al momento de la jubilación, deducidas las cuotas de Seguridad Social a su cargo”.

2.- Se ha de tener por reproducido aquí lo que razonamos en el cuarto fundamento jurídico, a propósito de las variaciones fácticas que rechazamos por novedosas y que precisamente constituyen el presupuesto fáctico de la presente denuncia normativa. La muy lacónica tesis mantenida por la Empresa en el acto de juicio (“el

Banco demandado únicamente está obligado a abonar como complemento de pensión el 100 por 100 del salario de convenio, pero no el salario real en el que se incluyen gratificaciones o mejoras voluntarias”) no puede transformarse en el presente trámite en las minuciosas y diversas consideraciones -de fondo y forma- que anteriormente se han indicado en este mismo fundamento. Quizás el planteamiento jurídico mantenido al presente pudiera resultar correcto (cuestión en la que no entramos), pero su discordancia con la defensa en la instancia lo hace ahora extemporáneo y de inviable examen en este trámite, por novedoso. En consecuencia,

Fallamos

Que con desestimación del recurso interpuesto por el “B.C.H.A., S.A., confirmamos la sentencia que con fecha 24-octubre-1995 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº Uno de los de La Coruña, a instancia de don J.A.A.F., don J.C.T., don L.M.N., don J.P.P., don J.R.C. y don F.R.S., y por la que se acogió la demanda formulada. Asimismo condenamos a la parte recurrente a que por el concepto de honorarios satisfaga 25.000 pts. al Sr. Letrado de la parte recurrida e impugnante. Se acuerda igualmente la pérdida de depósito efectuado y el destino legal para el aval bancario presentado.

2611 RECURSO N° 5.090/98

S. S.

UNHA SOLUCIÓN DE CONTINUIDADE DE POLO MENOS TRES MESES ROMPE A CADEA DE CONTRATACIÓNS TEMPORAIS SUCESIVAS, RESULTANDO LÍCITA A EXTINCIÓN DO ÚLTIMO CONTRATO CELEBRADO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Miguel Angel Cadenas Sobreira

A Coruña, a quince de febrero de mil novecientos noventa y nueve.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia,

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 5.090/98, interpuesto por don J.L.A.C., contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 618/98 se presentó demanda por don J.L.A.C., sobre DESPIDO, siendo demandado el ENTE PÚBLICO EMPRESARIAL DE CORREOS Y TELÉGRAFOS, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 22 de septiembre de 1998, por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1º) que el actor, don J.L.A.C., viene prestando servicios para la demandada como contratado laboral desde el 10.08.88, con la categoría profesional de "Ayudante Postal" y percibiendo un salario mensual de 126.000 pesetas con prorrato de pagas extraordinarias./ 2º) Que en fecha 28.05.98 se le notificó al actor por el Organismo demandado, escrito del siguiente tenor literal: "De conformidad con lo estipulado en el art. 49.b) del Estatuto de los Trabajadores, así como en la cláusula quinta del Contrato de trabajo suscrito entre Vd. y este Organismo con fecha 28 de abril de 1998 al amparo del artículo 4º del Real Decreto 2.546/94, de 29 de diciembre, le comunico que dicho contrato quedará extinguido el día 25 de mayo de 1998 por incorporación del trabajador a quien Vd. sustitúa"./ 3º) Que disconforme con la anterior resolución el actor interpuso reclamación previa, la cual fue desestimada./ 4º) Que desde el inicio de su relación laboral el actor suscribió con la demandada los siguientes contratos:

-RD 1.989/84 (de Fomento de Empleo) con duración inicial de 10.08.88 a 09.02.89, con dos prórrogas posteriores de 10.02.89 a 09.08.89 y de 10.08.89 a 09.02.90.

-RD 2.104/84 (eventual por Circunstancias de la Producción bajo la causa "Reforzar el Servicio de la Jefatura Provincial) con duración desde 10.02.90 al 30.06.90.

-RD 1.989/84 (de Fomento de Empleo) con duración inicial desde el 01.07.90 al 31.12.90, con dos prórrogas posteriores de 01.01.91 a 30.06.91 y de 01.07.91 a 31.12.91.

-RD 2.104/84 (Eventual por circunstancias de la producción con causa "Atender a circunstancias de

Tráfico en la Oficina de A Coruña con duración desde el 01.01.92 al 31.03.92.

-RD 2.104/84 (Eventual bajo la causa de "Acumulación de Tráfico") con duración desde el 01.04.92 al 30.06.92.

-RD 2.104/84 (de Interinidad no especificando claramente ningún puesto de trabajo) con duración desde el 01.07.92 al 30.04.93.

-RD 2.104/84 (de Interinidad) con duración desde el 01.05.93 al 30.04.96.

-RD 2.546/94 (de Interinidad) con duración desde el 01.05.96 al 15.01.97.

-RD 2.546/94 (de Interinidad) con duración desde el 16.01.97 al 20.04.97.

-RD 2.546/94 (de Interinidad) con duración desde el 21.04.97 al 05.11.97.

-Contrato para cubrir vacante por enfermedad, con duración desde el 20.11.97 al 03.01.98.

-Contrato PFI, con duración desde 07.01.98 a 30.01.98.

-RD 2.546/94 (sustitución) con duración desde el 28.04.98 al 25.05.98.

5º) Que los contratos de "interinidad" celebrados a partir del 01.05.93, consta el número de identificación del puesto de trabajo, así como la denominación literal de dicho puesto y lugar de prestación de servicios; a excepción del formalizado el 21.04.97 en el que consta la descripción literal del mismo. Que los últimos contratos celebrados al amparo del RD 2.546/94 de "sustitución por vacante" se hace constar expresamente la causa de la sustitución, así como el titular sustituido y la causa de la extinción; siendo el último contrato suscrito entre las partes el de fecha 28.04.98, al amparo del Real Decreto 2.546/94, y que tenía por objeto la sustitución del trabajador don A.A.L., quien se encontraba en situación de Incapacidad temporal, haciéndose constar en su cláusula 5ª que dicho contrato se extinguiría por la reincorporación del trabajador sustituido, lo que tuvo lugar el 25.05.98. (Contratos que obran unidos a la causa cuyo contenido se da por reproducido).

6º) Que en fecha 04.10.93 el actor presentó demanda, junto con otros actores, que fue turnada al Juzgado de lo Social nº 3 de esta ciudad, en la que

se solicitaba se declarase su derecho a tener la condición de personal laboral fijo del Organismo demandado; pretensión que fue desestimada por Sentencia de aquel Juzgado de fecha 07.02.94, la cual fue posteriormente confirmada por Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 22.06.96./ 7º) Que el actor no ha ostentado la cualidad de representante de los trabajadores”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que desestimamos la demanda interpuesta por don J.L.A.C., contra el ENTE PÚBLICO EMPRESARIAL DE CORREOS Y TELÉGRAFOS, debo absolver y absuelvo a dicho demandado de los pedimentos contenidos en la demanda”.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante no siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el pase de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurre el actor en solicitud de la revocación de la sentencia que desestima la demanda de despido por él interpuesta, a cuyo efecto y al amparo del art. 191.b) y c) L.P.L. insta revisión de los HDP de la sentencia de instancia y denuncia que la misma infringe normas sustantivas y de la jurisprudencia.

SEGUNDO.- En primer lugar interesa el recurso la revisión del HP 5º de manera que declare lo siguiente: que en el último contrato de trabajo celebrado al amparo del R.D. 2.546/94, se hace constar en la cláusula 5ª como objeto de aquél sustituir a don A.L.A. en situación de enfermedad y se extinguirá por la incorporación del sustituido o por la desaparición de su derecho a reserva del puesto de trabajo. Que no consta aportada en la prueba documental, acreditación alguna sobre la efectiva y real incorporación del trabajador mencionado al puesto de trabajo que figura en el contrato.

Alegándose para la revisión la documental de los folios 20 y 51 y toda la documental aportada (Folios 12 a 225), proceden al respecto las siguientes consideraciones:

A) Se mantiene el HP. 5º con su propio contenido.

Por un lado, la declaración que en él se hace acerca de los contratos celebrados a partir del 01.05.93 y sus contenidos es consecuencia del indiscutivo HDP 4º y tiene fundamento en los contratos

mismos aportados al proceso (en especial folios 72 y siguientes, 20 y siguientes...), cuyo contenido incluso en el propio HP 5º se da por reproducido; en todo caso, en el motivo revisor la parte se limita a proponer un texto exclusivamente referido al último contrato suscrito, omitiendo toda referencia y explicación sobre los precedentes, que sin embargo admite como suscritos en los términos que declara el HP 4º en la demanda misma (hecho 4º).

Por otro lado, también se ha de mantener la declaración que se hace en este HP acerca de que el trabajador sustituido por el actor a través del último contrato suscrito -el de 28.04.98- se incorporó el 25.05.98. Y es que el Juzgador de Instancia así lo declara en función de su imparcial criterio y facultades de valoración que le reconoce el art. 97.2 L.P.L., que no resulta sustituible sin más por el interesado de la parte. Esta, además, pide al respecto una declaración (“que no consta aportada en la prueba documental...”) que en absoluto puede calificarse de formalmente correcta. La cuestionada declaración del HP 5º aparece a partir de que en la cláusula 5ª del contrato suscrito el 28.04.98 (folio 20) se hace constar que el objeto de éste era la sustitución de A.A.L. por hallarse en situación de enfermedad y de que se cesa al actor en mayo siguiente aduciendo extinción del contrato por incorporación laboral de aquel trabajador; hecho éste que como expresión fáctica de las constancias documentales internas del Organismo “Correos” se hace así constar en la resolución dictada desestimando la reclamación previa (folios 12 a 14). Si tal fue la causa del cese comunicado al actor y del rechazo de la reclamación previa interpuesta contra la decisión empresarial, resulta, asimismo, que ni en la propia reclamación previa (folios 7 y 8) ni en la demanda (folios 1 a 6 y acto de juicio) se viene a cuestionar la realidad de la reincorporación laboral del trabajador a quien sustituía el actor, argumentándose solamente por diversas razones que se debían considerar los contratos suscritos como celebrados en fraude de ley y la relación laboral conceptuarse como indefinida, con invocación también del art. 3.5 E.T.; razones éstas por virtud de las que la parte sostenía que el último cese comunicado al actor, en realidad se trataba de un despido improcedente (en concreto así se dice en el hecho 7º de la demanda). De esta postura procesal se hace eco la sentencia recurrida en su Fundamento Jurídico 1º (“...amparándose para ello en dos motivos: 1º en que la sucesión de contratos... y en segundo término, porque en los contratos celebrados... No se especifica la causa... 2); explícito respaldo también de la declaración que hace en su HP 5º.

Y B) Mantenido el HP 5º en sus propios términos, siendo inviable revisar en el sentido que se dice en el párrafo 2º del texto propuesto, carece ya de

sentido añadir a aquel HP cosa alguna por derivación del párrafo 1º del referido texto, ya que el HDP 5º no sólo recoge, en su contenido esencial, la cláusula 5ª del último contrato suscrito, sino que también da por reproducido el contrato mismo.

TERCERO.- Se interesa en segundo término se añada un nuevo HP, como 6º en su caso y con la corrección numérica de los ordinales posteriores, del siguiente contenido: Que en todos los contratos temporales celebrados la Administración hace constar período de prueba, en unos casos de un mes y en otros de dos meses. El trabajador es Ayudante Postal y siempre prestó las mismas funciones con carácter permanente y en las mismas condiciones.

Al respecto, procede lo siguiente:

A) Cabe adicionar a los HP., como H.P.6º y pasando el 6º y 7º de la sentencia de instancia a ser posteriores en número, que en los contratos temporales celebrados por el actor aparece pactado período de prueba, al así constar en los contratos aportados (folios 20 a 32 y 51 y ss.).

Y B) En lo relativo a que el actor sea Ayudante Postal, constando así en concreta documental (al folio 222) y en la sentencia aportada a los folios 130 a 132, en cualquier caso ya se declara de modo oportuno en el H.P. 1º.

Y en lo relativo a que el actor siempre prestó las mismas funciones con carácter permanente y en las mismas condiciones, alegándose al efecto la documental de los folios 60, 62, 64, 66 y 68, de tal prueba sólo cabe extraer y por tanto declarar probado que aquella permanencia de funciones y condiciones aparece expresamente hasta fines de 1991; en el período restante lo único que procede es remitirse a lo que se deriva de los contratos suscritos y sus contenidos, que aparecen reflejados en el HP 4º y 5º.

CUARTO.- Finalmente, respecto de las revisiones contenidas en los apartados C y D del primer motivo del recurso procede lo siguiente:

A) Se incorpora a los HDP que en 11.12.97 la Inspección de Trabajo de A Coruña emitió el informe que obra a los folios 48 a 50 (y no, como se dice en el recurso, a los folios 65 a 67), cuyos términos se dan por reproducidos. Así lo acredita el propio informe aportado como documental.

Y B) Se incorpora también a los HDP que el actor estuvo de baja médica durante 1997 y formuló demanda sobre sanción y despido en dicho año, despido éste sentenciado en febrero de 1998; todo ello en los propios términos que constan en los partes médicos y sentencia y demás correspondiente aportado entre los folios 110 a 132. Y es que así surge de la documental oportuna que aparece aportada dentro de los folios dichos.

QUINTO.- Al amparo del art. 191-c) L.P.L., el recurso denuncia las siguientes infracciones normativas: A) Infracción de los arts. 3, 6.4 y 7 C. Civil; 3 del R.D. 2.104/84; 1 del R.D. 1.989/84; 2.2.a) y b), 4.2.c) y 9.2 del R.D. 2.546/94 en relación con el art. 9.3 y 35 C.E. Al hilo de ello sostiene el recurrente que el organismo demandado cometió fraude de ley, que el R.D. 2.546/94 exige especificar e identificar la obra o servicio de duración incierta... B) Infracción de la doctrina jurisprudencial expresada en las sentencias del T.S. de 29.03.93, 26.03.96 y 20.02.97 y del art. 15.3, 3.1.a), 2 y 5 del E.T. y 9.2 R.D. 2.546/94, en relación con el art. 9.3 y 24.1 C.E. Insiste el recurrente en aducir el fraude de ley y que lo que se hizo durante 10 años fueron sucesivos contratos temporales continuos "tratando de dotar de temporalidad un servicio permanente". Y C) Infracción del art. 1.275 C. Civil, 56.1 E.T. y 105.1 LPL, así como de la Jurisprudencia (sentencias del T.S. de 27/1, 18/3, 19 y 31/5 y 17/7 de 1991). Se reitera por la parte que se utiliza el contrato de interinaje como norma de aparente cobertura tratando de eludir la conversión del contrato en indefinido...

La argumentación Jurídica del recurso termina con un motivo tercero en el que se expone la conclusión de que "a través del contrato de interinaje -norma de aparente cobertura- trató de eludir la conversión de los contratos en indefinidos, burlando la aplicación del art. 15.1 y de la limitación recogida en el art. 15.1.a) E.T. que hubiese dado lugar...".

SEXTO.- A la vista de la serie de contratos suscritos por actor y demandado desde el 10.08.88 hasta la terminación del último en 25.05.98, que motivó la demanda por despido que propició este procedimiento, resulta necesario tomar en consideración la doctrina establecida por la S. del T.S. de 17.03.98 (Rec. 2.484/97) en torno a los contratos temporales sucesivos y a la posibilidad del examen de su legalidad; sentencia ésta que con cita de sentencias de la Sala de 18/5 y 20.06.92, 29/3, 21/9 y 03.11.93, deja establecido lo siguiente. "La Sala sigue manteniendo lo que ha sido doctrina constante suya de que un contrato temporal inválido por falta de causa o infracción de límites establecidos en su regulación propia con carácter

necesario constituye una relación laboral indefinida. Y no pierde esta condición por novaciones aparentes con nuevos contratos temporales, que ello lo es por constituir una sola relación laboral. Que esta unidad de la relación laboral no se rompe por cortas interrupciones que buscan aparentar el nacimiento de una nueva. Que la afirmación de que “en el caso de contrataciones temporales sucesivas el examen de los contratos debe limitarse al último de ellos” es una afirmación que sólo podría ser aceptada de modo excepcional, cuando de las series contractuales reflejadas en los hechos probados no se infiere defecto sustancial alguno en los contratos temporales o fraude de ley”.

También es preciso tomar en consideración en lo que a las infracciones denunciadas se refiere que este Tribunal, en S. de 12.01.98, se ha hecho eco, en función de otras Sentencias del Tribunal y de doctrina Jurisprudencial, de los siguientes planteamientos en orden a la contratación temporal por parte de las Administraciones Públicas: “(A) En principio puede afirmarse que cuando las Administraciones Públicas actúan como empresarios (en el sentido a que se refiere el art. 1.2 E.T.) y celebran contratos temporales, el principio de legalidad establecido por el art. 9.1 C.E. les lleva a sujetarse a la normativa general, coyuntural o sectorial, debiendo someterse -con el mayor rigor posible- a las específicas normas reguladoras del contrato de trabajo, y que su especial posición respecto a la selección del personal a su servicio no puede legitimar, siempre y en todo caso, una inercia en los mecanismos propios de selección que justifique el uso anormal y antirreglamentario de fórmulas sustitutorias de contratación laboral, en manifiesto quebrantamiento de la normativa reguladora de esta última y en notorio perjuicio de las personas que acceden a tal forma de vinculación jurídica; (b) a la par, la Administración Pública se halla sujeta en materia de selección de su personal a los principios de igualdad, de mérito y de capacidad (arts. 14 y 103 CE) y a la preceptiva oferta pública de empleo mediante la oportuna convocatoria a través de los sistemas de concurso, oposición o concurso-oposición (art. 19 Ley 30/1984, de la Función Pública), lo que lleva a que no sea dable presumir el fraude en su actuación seleccionadora y contratación, cuando las Instituciones y Entidades de las diversas Administraciones utilizan los instrumentos legales para subvenir al desempeño temporal de vacantes; (c) las posibles irregularidades que afecten a la referida contratación de personal a su servicio no necesariamente determinan la atribución con carácter indefinido de un contrato de trabajo, no bastando con que concorra una simple inobservancia de alguna de las formalidades del contrato, del término o de los requisitos aplicables a las prórrogas, sino que es preciso que se incurra en

un defecto esencial que lleve a hacer subsistir la relación laboral más allá del tiempo pactado”.

SÉPTIMO.- En el supuesto de autos, tomando en consideración lo expuesto y a partir de los HDP, el Tribunal concluye la desestimación de las infracciones denunciadas en el recurso en orden a obtener la declaración de que existió un despido en la decisión empresarial de dar por terminado el último contrato temporal suscrito:

A) La Sentencia recurrida argumenta que no cabe hacer nuevo análisis de los contratos objeto de litis suscritos hasta el año 1993 dado que la Sentencia firme dictada por este T.S.J. en fecha 22.06.96 ya los examinó concluyendo su legalidad. Y efectivamente, como refleja el HDP 6º este Tribunal, mediante Sentencia dictada en fecha 22.06.96, confirmó la desestimación de la demanda que había interpuesto junto con otros el aquí actor en reclamación de que se declarase su derecho a tener la condición de personal laboral fijo del Organismo demandado, a cuyo efecto la sentencia citada examinó los contratos que hasta 1993 había suscrito el actor con “Correos y Telégrafos” (la demanda había sido presentada en 04.10.93) y concluyó que no podía afirmarse que hubieran incurrido “en irregularidad de clase alguna”.

Mencionada conclusión resulta de necesario acogimiento y/o respeto para el Tribunal a los presentes efectos, en todo caso siendo asumible la corrección esencial de los contratos temporales que el actor había suscrito hasta aquellas fechas.

B) Los contratos temporales suscritos a partir de 01.05.93 se concretan en los siguientes: de interinidad, R.D. 2.104/84, con duración del 01.05.93 al 30.04.96; tres sucesivos de interinidad al amparo del R.D. 2.546/94 y con duración desde el 01.05.96 al 15.01.97, desde el 16.01.97 al 20.04.97 y desde el 21.04.97 al 05.11.07; otro para cubrir vacante por enfermedad desde el 20.11.97 al 03.01.98; otro contrato PFI con duración desde el 7/1 al 30.01.98; y finalmente, el último contrato suscrito al amparo del R.D. 2.546/94 (de sustitución) y con duración desde el 28.04.98 al 25.05.98.

En concreto, respecto a los mismos consta (HDP 5º) lo siguiente: los contratos de interinidad hacían constar el nº de identificación del puesto de trabajo y su denominación y lugar de prestación de servicios, a excepción del de 21.04.97, en el que constaba la descripción literal del puesto; los últimos contratos amparados por el R.D. 2.546/94 de “sustitución por vacante” hacían constar la causa de la sustitución, el titular sustituido y la causa de la extinción; concretamente, el último contrato fue el suscrito el día 28.04.98 y su objeto era la sustitución del trabajador en situación de

enfermedad A.A.L., el cual fue extinguido por la demandada al reincorporarse al trabajo el sustituido en fecha 25.05.98, como se preveía en la cláusula 5ª del contrato mismo.

C) De tales contratos y a partir de la posibilidad legal de su celebración por el organismo demandado, no se puede concluir que existió una infracción del R.D. 2.104/84, 1.989/84 y R.D: 2.546/94 y demás normas que se denuncian como infringidas en el recurso y causantes de fraude de ley, cumpliendo aquellos suficientemente los requisitos fundamentales en los aspectos discutidos. Se denunciaban en demanda “irregularidades” tales como (Hecho 6º) falta de concreción de la causa de los contratos eventuales, falta del requisito de celebrarse con trabajador desempleado el contrato de 01.07.90, y en cuanto a ciertos contratos de interinidad, la no indicación del trabajador sustituido y la causa de la sustitución (todo ello en consonancia con lo contenido en el informe de la Inspección de Trabajo fechado en 11.12.97).

En su Fundamento Jurídico 3º, la sentencia recurrida ya pone de relieve, tras haber reiterado la conclusión de legalidad de los contratos que había afirmado la sentencia de este T.S.J. de 22.06.96, que “en el supuesto de litis, si bien los contratos de interinidad suscritos no son suficientemente exhaustivos en la identificación de la vacante... si se constata una identificación de los datos esenciales que dieron lugar al mismo, así, además de... consta un nº de Código... lo que junto con la identificación de la categoría y lugar de prestación de servicios...”. Efectivamente, el ya concretado contenido de los contratos suscritos se estima en todo caso oportuno para que, de acuerdo con la doctrina que quedó expuesta en el precedente Fundamento Jurídico 6º y la que también reseña la sentencia de Instancia, se concluya que al margen de ciertas irregularidades formales, aquellos cumplan los requisitos precisos de validez y sin que en modo alguno exterioricen o impliquen fraude de ley o la ilicitud que propicie una relación laboral indefinida. Aparte de lo resuelto por este T.S.J. en la Sentencia de 22.06.96 respecto de la relación de servicios hasta 1993, en ningún caso se aprecian infracciones sustanciales en los demás suscritos, estando en todo caso el actor en real situación de desempleo al término de los correspondientes contratos, identificándose en los últimos de interinidad concertados puesto de trabajo, lugar de prestación de servicios ... que como ya se dijo propicia una identificación suficiente de la vacante..., y en los de sustitución por vacante la causa, titular sustituido...; en concreto y respecto del último suscrito el día 28.04.98, se hace constar en la cláusula 5ª del mismo que el contrato se formalizaba al amparo del R.D. 2.546/94 para sustituir a A.A.L. en situación de enfermedad... En este contexto, además, los HDP reflejan la existencia de una solución de continuidad en los

contratos y prestación de servicios del demandante de tal entidad que de acuerdo con la Jurisprudencia que en su momento quedó citada (Sentencia del T.S. de 17.03.98), rompe en todo caso cualquier posible unidad de relación de servicios del último contrato de fecha 28.04.98 con los precedentes. Y es que se declara probado que tras los demás contratos reflejados en el HP 4º, se concertó otro en fecha 07.01.98 con duración hasta el 30.01.98, no concertándose ya el siguiente contrato y último habido -sin servicios prestados desde entonces que se declaren- hasta el día 28.04.98, es decir, hasta tres meses después de concluido el precedente, sin incidencia al respecto de las bajas por enfermedad que haya tenido el actor en 1997 ni la sentencia dictada en febrero de 1998 obrante al folio 129. En suma, se constata una interrupción en las contrataciones que afectando precisamente al último contrato suscrito y por su magnitud, en todo caso propicia su desconexión Jurídica respecto de los contratos precedentes.

Y d) Consecuentemente, teniendo eficacia como contrato temporal el último suscrito por las partes, siendo su causa la sustitución de un trabajador en situación de enfermedad y su legítima duración hasta la reincorporación laboral del mismo, al haberse producido ésta el 25.05.98, la comunicación de cese por extinción del referido contrato que efectuó la demandada al actor por aquella causa (HP 2º) se ajusta a derecho y no constituye el despido pretendido en la demanda y reiterado en el recurso.

OCTAVO.- Así pues, por las consideraciones expuestas, y por las que también contiene la sentencia de Instancia al efecto, ninguna de las infracciones legales que denuncia el recurso resulta acogible, de tal manera que procede su rechazo y la confirmación de la sentencia de Instancia.

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por don J.L.A.C. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de A Coruña el día 22.09.98 en los autos tramitados por despido bajo el nº 618/98 a instancias del recurrente frente al ente público CORREOS Y TELÉGRAFOS, confirmamos la sentencia recurrida.

2612 RECURSO N° 5.123/98

S. S.

FALTA DE COMUNICACIÓN DA CARTA DE DESPEDIMENTO Ó TRABALLADOR QUE PROVOC A SÚA IMPROCEDENCIA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Manuel Domínguez López

A Coruña, a quince de febrero de mil novecientos noventa y nueve.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia,

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 5.123/98 interpuesto por “C.P.V.B., S.A.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don F.G.F. en reclamación de DESPIDO siendo demandada la Empresa “C.P.V.B., S.A.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 642/98 sentencia con fecha 14 de octubre de 1998 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “Primero.- El actor prestó servicios para la demandada, dedicada a la actividad de empresa de seguridad, desde el 21 de octubre de 1997, con la categoría de guarda de seguridad y percibiendo un salario de 116.236 pts mensuales con prorrata./ Segundo.- Con fecha 19 de junio la empresa le remite telegrama con el texto siguiente: “una vez más le urgimos para que comparezca en las oficinas de A Coruña para tratar asuntos de suma importancia”. Tercero.- Con fecha 25 de junio de 1997, la empresa remite al actor carta certificada en la que se incluye notificación de despido, en la que se le imputan los hechos que en la misma se recogen, y que al obrar unida a los autos se da por reproducida. Dicha carta fue devuelta por el servicio de Correos haciendo constar ausente en horas de reparto, y caducada en lista. Tanto la carta como el telegrama fueron remitidos a la dirección de Avda..., domicilio, del actor. Los hechos imputados se resumen en la falta de dinero de la máquina de fichas para consignas en las horas en que el actor prestaba servicios./ Cuarto.- La empresa procede a dar de baja al actor en la Seguridad Social con fecha 24 de junio, haciendo constar como causa de la misma el despido del trabajador. Este conoce dicha baja con fecha 17 de julio./ Quinto.- La Seguridad Social acuerda el abono en pago directo de la situación de IT del actor con efectos 25 de junio de 1998, el actor figuraba de baja con anterioridad, si bien se

desconoce la fecha exacta de la misma por cuanto el parte aportado es ilegible, lo que sucede igualmente con la fecha del alta./ Sexto.- No resultan acreditadas la autoría o responsabilidad del actor en los hechos imputados al trabajador en la carta de despido./ Séptimo.- El actor presta servicios actualmente para la empresa “S.” en la estación de autobuses de La Coruña”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que estimando la demanda formulada por don F.G.F., declaro la improcedencia de su despido y condeno a la empresa “C.P.V.B., S.A.” a que a su elección, que ha de efectuarse en el plazo de cinco días, lo readmita en su puesto y condiciones de trabajo o lo indemnice con la cantidad de ciento diecisiete mil novecientas ochenta y ocho pesetas (117.988 pts)”.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandada siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurre la demandada la sentencia de instancia que acogiendo la demanda del actor declaró, entrando en el fondo de la medida disciplinaria, improcedente el despido de que había sido objeto, y con amparo procesal en el art. 191.b) LPL solicita la revisión de los hechos declarados probados al objeto de que: A) en el ordinal tercero y en su apartado tercero se adicione la expresión “y en la circunstancia de que desde que fue separado del servicio en la estación de Autobuses el actor no volvió al trabajo ni se puso en contacto con la empresa”, pretende apoyar la modificación en el (f.33) no procede dicha revisión por cuanto: 1) el documento en que se basa es la carta de despido, cuyo contenido ha de ser probado por la parte recurrente sin que haga prueba de las expresiones que contiene, admitir lo contrario sería tanto como dar validez absoluta a la versión de una parte; 2) porque de dicha carta no resulta la literalidad de la expresión que se pretende añadir, consecuentemente el hecho probado ha de mantenerse incólume. B) Para que la redacción del hecho declarado probado sexto se substituya la redacción que contiene por la siguiente: “No resulta acreditado que el demandante fuese el autor de las sustracciones imputadas en la carta de despido. En las fechas y horas en que sucedieron, el actor era responsable de la vigilancia de la Estación en la que tuvieron lugar”, se cita en apoyo de la tesis el (f. 36) relativo al informe del Gerente de la Estación de autobuses donde se producen los hechos, no procede la revisión postulada por cuanto el apoyo

documental en que se basa no es más que una testifical encubierta inhábil a los efectos revisorios y a mayores tal como se razonará resulta intranscendente para el signo del fallo.

SEGUNDO.- Examinadas las presentes actuaciones, escrito de recurso de suplicación y escrito de impugnación al mismo, se observa que por el actor/recurrido e impugnante se alega indefensión, que sustenta en la afirmación de no haber recibido la carta de despido objeto del debate en juicio, y siendo así que la cuestión planteada afecta al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva art. 24 CE traducida en el derecho a utilizar en juicio todos los medios de defensa y a conocer la causa que motiva la decisión empresarial exigencia esta plasmada en el art. 55.1 LET y procesalmente en el art. 105.2 LPL al impedir en el juicio la introducción de motivos no contenidos en dicha carta, obliga a la Sala en respeto del Orden Público procesal, a examinar en primer lugar si se han cumplido con tales requisitos formales.

Establecido lo anterior el examen complementario de las actuaciones permite extraer la siguientes conclusiones fácticas: a) la empresa recurrente remitió el día 25.06.98, al domicilio del actor, por correo certificado con acuse de recibo un sobre que contenía la carta de despido; b) dicho sobre fue devuelto por el servicio de correos a dicha recurrente con la nota/estampilla de “caducado en lista”, “a su procedencia”; c) dicho sobre contiene una nota manuscrita que solo indica “ausente en reparto 11:20 horas 01.07.98”; d) no consta que por el funcionario de correos se haya dejado aviso al actor de la existencia de esta misiva, ni para el supuesto de presumir que hubiese dejado tal aviso que el mismo hubiera llegado a poder del demandante; e) en el acto de conciliación ante el SMAC la empresa no manifestó al actor la existencia de dicha misiva, ni le comunicó motivo alguno de despido a pesar de haber concurrido a dicho acto; f) no consta que la empresa intentara la notificación de dicha carta por cualquier otro medio o hubiera realizado gestión alguna para poner su contenido en conocimiento del actor. Ante tales extremos la Sala no comparte el criterio del juzgador de instancia relativo al cumplimiento de los requisitos de forma de la decisión empresarial, por cuanto la realidad es que no consta notificada al actor la decisión de despedirlo ya que no basta con que la carta de despido se haya remitido a su domicilio y caducado en correos por cuanto sólo puede concluirse la voluntad del trabajador de no recogerla -rehuse- cuando quede acreditado, al menos, que por dicho servicio de correos se le notificó la existencia de dicha misiva, extremo no probado, por tanto no puede deducirse tal hecho base de la simple afirmación del funcionario de tal organismo de hallarse ausente en su domicilio, a

dicho defecto debe añadirse otro cual es que ante el SMAC por la demandada habiendo comparecido no se le hubiera puesto de manifiesto la existencia de tal misiva y motivos del despido, en tal sentido la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal se ha manifestado en el sentido de que “puede aceptarse, genéricamente la calificación de “receptio” de la carta de despido por cuanto la norma del art. 55.1 LET dispone que el despido deberá ser notificado por escrito al trabajador y lo que exige dicho precepto como forma “ad solemnitatem” es que la comunicación escrita ontenga la expresión de los hechos que lo motivan y la fecha de efectos del despido (STS 30.01.89); “igualmente es unívoca la Jurisprudencia que exige la constancia en autos de la notificación por escrito; de otra parte, es coincidente y bien conocida también la doctrina jurisprudencial que atribuía consecuencia de nulidad cuando la falta de conocimiento o notificación escrita es imputable a la empresa, habiendo establecido STS 4^a, 10.04.1989 que resulta imputable a la empresa tal omisión cuando estando ausente el trabajador del domicilio no se preocuparon de hacerla llegar (la carta) en forma indubitable o de manera que no quedase duda de haber sido eludida su recepción por el trabajador, y STS 4^a, 09.11.1988 sobre la validez de la notificación efectuada por correo certificado con acuse de recibo, que cumple la finalidad de que la carta llegue a conocimiento del trabajador despedido, sin que ello pueda ser enervado por el rehuso de la carta, lo que supondría dejar a disposición de la parte el cumplimiento formal del requisito a que se alude; esta doctrina aplicada al caso de autos implica que la empresa demandada no actuó con la diligencia precisa para que el actor tuviera conocimiento -de la existencia de su decisión y ello vulnera lo dispuesto en el art. 55.1 LET, art. 105.2 LPL y finalmente el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva lo que implica que la Sala deba realizar dicho análisis y estimando la existencia de tal defecto formal procede declararlo así y calificar de improcedente la decisión empresarial por motivos formales, distintos a los de la resolución recurrida, (art. 108.1 LPL) y con los efectos inherentes a dicho pronunciamiento, no pudiendo valorarse cuestiones de hecho o de derecho en este acto relativos a dicha carta de despido disciplinario lo que podrá ser objeto de valoración en el oportuno litigio de procederse de conformidad con lo dispuesto art. 55.2 LET, por lo que decaen las denuncias de infracción del art. 54.2.d) LET consecuentemente procede la revocación de la resolución recurrida para ajustar el pronunciamiento a la legalidad vigente, manteniéndose el resto de los pronunciamientos que la misma contiene relativos a indemnización y salarios de trámite conforme a lo prevenido en el art. 56 LET y 110 LPL.

TERCERO.- En el acto de juicio se alegó por la demandada ahora recurrente y se sostiene en el recurso la existencia de un abandono o dimisión por parte del actor (motivo 3º-A del recurso) por lo que denuncia infracción del art. 49.1.d) LET o infracción del art. 54.2.a) LET or estimar que han existido ausencias injustificadas al trabajo (motivo 4º del recurso), a dicho fin pretendía dirigir la modificación fáctica del primer motivo de recurso que le ha sido rechazada por las razones expuestas a la que ha de añadirse ahora la intranscendencia de la modificación postulada.

Dichos motivos no pueden prosperar por las siguientes razones: A) en cuanto al primer motivo 1) la alegación de dimisión resulta de todo punto incompatible con los actos propios de la empresa, pues mal puede avenirse tal pretensión con la remisión de una carta de despido disciplinario al actor imputándole diversos incumplimientos contractuales pues si la relación laboral había feneido por dimisión no es factible el despido que exige en todo caso como presupuesto de efectividad la vigencia de la relación laboral; 2) la alegación de dimisión deviene extemporánea en el acto del juicio, sorpresiva e incluso productora de indefensión para el trabajador que habiendo intentado la conciliación por despido tácito ante el SMAC comparece la empresa y no le efectúa manifestación alguna al respecto y de modo inopinado en acto de juicio efectúa tal alegación; 3) por cuanto existiendo una carta de despido ha de estarse a su contenido quedando delimitado así el objeto litigioso por lo que de conformidad con lo dispuesto en el art. 105.2 LPL para justificar el despido, al demandado no se le admitirán en juicio otros motivos de oposición a la demanda que los contenidos en la comunicación escrita de dicho despido, en la carta de despido no se hizo referencia en ningún momento a que la decisión disciplinaria de la recurrente fuera subsidiaria de la dimisión del actor; 4) siguiendo doctrina de TS 4ª, S 3-6-1988, TSJ Cataluña , S 23.10.1997, R. 3.335/1997 entre otras, para que pueda apreciarse la concurrencia de la causa extintiva prevista en el art. 49.1.d) LET, ya se trate de dimisión en sentido estricto o de abandono, es preciso según reiterada doctrina -S. 27 junio 1983, 3 marzo y 7 octubre 1986, y 14 abril 1987- que se produzca una actuación del trabajador que, de manera expresa o tácita, pero siempre clara y terminante, demuestre su deliberado propósito de dar por terminado el contrato, lo que requiere una manifestación de voluntad en ese sentido o una conducta que de modo concluyente revele el elemento intencional decisivo de romper la relación laboral, en el presente caso de la inasistencia al trabajo del actor no puede colegirse la conclusión de una voluntad de dimitir por cuanto se declara probado -extremo inatacado- que el actor figuraba de baja con anterioridad al 25.06.98 por situación

de incapacidad temporal consecuentemente la ausencia al trabajo no puede ser atribuida a voluntad extintiva de la relación laboral, por todo ello no existe infracción del precepto invocado y se desestima el motivo. B) En cuanto al segundo motivo, infracción del art. 54.2.a) LET que considera incumplimiento contractual las faltas de asistencia repetidas e injustificadas al trabajo, este debe ser rechazado con fundamento en lo dispuesto en el art. 105.2 LPL que establece "para justificar el despido, al demandado no se le admitirán en juicio otros motivos de oposición a la demanda que los contenidos en la comunicación escrita de dicho despido", en la carta de despido no se hizo referencia en ningún momento a que la decisión disciplinaria de la recurrente tuviera como causa la ausencia al trabajo pues no puede extraerse tal conclusión del párrafo penúltimo que dice "desde que fue separado del servicio, han sido inútiles los intentos de esta Dirección en contactar con Vd. haciendo caso omiso al telegrama que se le envió [telegrama que no consta acreditado tampoco que recibiese el actor] a fin de personarse en las oficinas de la empresa", por otra parte de pretenderse tal causa como motivo del despido con base en dicho párrafo solo cabría concluir con la insuficiencia formal de su contenido por cuanto no se indican los días en que no se asistió al trabajo debiendo hacerlo con lo que evidentemente se causaría una clara indefensión al actor por lo que en todo caso tal imputación llevaría a la conclusión de improcedencia del despido.

Por todo lo expuesto, vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

Fallamos

Que desestimamos el recurso de suplicación formulado por "C.P.V.B., S.A" confirmando en parte la sentencia dictada el 14.10.98 por el Juzgado de lo Social N° 3 de A Coruña en autos N° 642-98 seguidos a instancias de F.G.F. contra la recurrente y se declara improcedente el despido del actor por el defecto formal de falta de notificación de la carta de despido al mismo condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración manteniéndose en el resto los pronunciamientos de la resolución recurrida.

2613 RECURSO N° 5.475/98

S S.

DESPEDIMENTO PROCEDENTE POR
TRANSGRESIÓN DA BOA FE
CONTRACTUAL, Ó PROBARSE A

SUSTRACCIÓN POLO TRABALLADOR DE BENS DA EMPRESA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio J. Outeiriño Fuente

A Coruña, a quince de febrero de mil novecientos noventa y nueve.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia,

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 5.475/98 interpuesto por Empresa “A.D., S.L.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Orense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don M.R.R. en reclamación de DESPIDO siendo demandado Empresa “A.D., S.L.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 340/98 sentencia con fecha treinta de julio de mil novecientos noventa y ocho por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “**PRIMERO.-** Probado que el demandante viene trabajando por cuenta, orden y bajo la dependencia de la empresa demandada, dedicada a la actividad de venta al por mayor de productos de droguería y perfumería, desde el 1 de agosto de 1983, ostentando la categoría profesional de Preparador de pedidos, con un salario mensual de 129.000 pesetas, con inclusión de parte proporcional de pagas extras. La empresa demandada se rige por el Convenio de la empresa “D.”, publicado en el BOP de 18.02.93 y el Convenio General de Productos Químicos Industriales y Droguería, Perfumería y Anexos (Resolución 3.7.97, BOE 23.07.97).- **SEGUNDO.-** Con fecha 16 de diciembre de 1997 el demandante recibe carta de despido que literalmente dice: “D.M.R.R., Avda... Orense.- Villamarín, 11 de diciembre de 1997.- Muy Sr. nuestro.- Por la presente y con efectos del día de la comunicación de esta carta, queda Vd. despedido por los hechos que implican una vulneración de la lealtad debida y de la buena fe recíprocamente exigida en cualquier relación, y más en la laboral. Es tos hechos ocurrieron el pasado 24 de octubre cuando Vd. fue sorprendido por el compañero encargado del

almacén con champú “K.”, que, tomando del almacén y sustraído del mismo, llevaba escondido dentro de la bragueta, con la insana intención de hacerlo propio.- Y esta su conducta, que quiebra la buena fe, le hace desmerecer de continuar en esta empresa por haber perdido su confianza, haciendo procedente este despido por transgresión de la buena fe contractual, de acuerdo con el artículo 54.1 y 2.d) del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores.- Tiene a su disposición en estas oficinas la liquidación definitiva y finiquito que le pudiera corresponder.- Contra este despido podrá interponer la acción judicial correspondiente en el plazo de 20 días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de conciliación ante el SMAC.- Aprovechamos la ocasión para saludarle.- “A.D., S.L.”- P.P. Fdo. M.R.A.R.- M.R.: 16.12.97”. El día 7 de enero de 1998 se celebró acto de conciliación sin avenencia ante el SMAC y el día 21 de enero de 1998 presentó el demandante demanda de despido que fue turnada al Juzgado de lo Social nº 1 de esta ciudad y que dio lugar a los autos 49/98 en el que recayó sentencia de fecha 18 de marzo de 1998 en el que se declara la improcedencia del despido.- **TERCERO.-** Con fecha 22 de abril de 1998 la empresa demandada inicia expediente disciplinario al demandante al que se le comunica por escrito el día 24.04.98, escrito que literalmente dice: “Muy Sr. nuestro: De conformidad con la sentencia del día 18.02.98, y de su auto aclaratorio del 16.04.98, dictados por el Juzgado de lo social nº 1, de los de Orense, y al amparo del artículo 68, del Convenio Colectivo estatal sectorial, se le apertura expediente contradictorio en el que se le imputan los siguientes cargos: Haber tomado del almacén y sustraído del mismo el pasado 24.01.97 un champú “K.”, que llevaba oculto dentro de la bragueta cuando fue sorprendido por el encargado del almacén, sustracción que hizo con la insana intención de hacerlo propio. Estos hechos implican una vulneración de la lealtad debida y de la buena fe, que ha sido transgredida por Vd., produciéndose una pérdida total de confianza que en Vd. son hechos muy graves. Dispone Vd., de tres días para realizar las alegaciones que considere oportunas. Orense a 22 de abril de 1998”.- **CUARTO.-** El demandante con fecha 28.04.98 presenta a la demandada escrito de alegaciones en su defensa.- **QUINTO.-** La demandada con fecha 29.04.98 remite al demandante carta de despido que literalmente dice: “Muy Sr. nuestro: Por la presente y con efectos del día de la fecha, 29 de abril de 1998, queda Vd. despedido por los hechos muy graves, gravísimos y lamentables, que a continuación se exponen, aunque ya son de sobre conocidos por Vd., hechos que implican una vulneración de la lealtad debida y de la buena fe recíprocamente exigida en cualquier relación, y más en la laboral. Estos hechos ocurrieron el pasado 24 de octubre cuando Vd. fue sorprendido por el

compañero encargado del almacén con un champú “K.” que, tomado del almacén y sustraído del mismo, llevaba escondido dentro de la bragueta, con la insana intención de hacerlo propio.- Y esta su conducta, desleal y abusiva, que quiebra la buena fe, le hace desmerecer de continuar en eta Empresa, por haber perdido su confianza, haciendo procedente este despido por transgresión de la buena fe contractual, de acuerdo con el artículo 54.1 y 2.d) del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, y demás aplicación en relación con el art. 67 de la Norma convencional.- Tiene a su disposición en estas oficinas la liquidación definitiva y finiquito que le pudiera corresponder.- Contra este despido podrá interponer la acción judicial correspondiente en el plazo de 20 días hábiles siguientes a contar desde la recepción de este escrito, plazo de caducidad que quedará interrumpido por la presentación de la solicitud de conciliación ante el SMAC.- Aprovechamos la ocasión para saludarle.- En Villamarín a 29 de abril de 1998.- Fdo. M.R.A.R.”.- **SEXTO.**- Probado que el día 24 de octubre de 1997 S.R.G., encargado del almacén de la empresa demandada en que presta servicios el actor, se encontraba al finalizar la jornada laboral en las oficinas de dicho almacén hablando con un viajante, cuando observó que el demandante salía de los lavabos de dicho almacén, llevando un objeto, no determinado en ese momento, entre el pantalón y la ropa interior, por lo que saliendo de la oficina requirió al demandante para que le enseñase el objeto que llevaba, a lo que accedió el actor mostrándole un frasco de champú marca “K.”. En el momento de ocurrir estos hechos el demandante vestía una cazadora y llevaba una bolsa en la mano. El demandante manifestó al encargado, Sr. R., que su intención no era la de apropiarse del champú sino el de llevárselo a su esposa y, si no era de su agrado, lo devolvería el día siguiente laborable.- **SÉPTIMO.**- Es práctica habitual de la empresa demandada el permitir a sus empleados el llevar los productos de dicha empresa a sus domicilios previa comunicación al encargado, los que son abonados o devueltos cuando no son utilizados por la causa que fuere.- **OCTAVO.**- Con fecha 16.12.93 los representantes de la empresa “D., S.A.” y el personal de dicha empresa adoptaron, entre otros, los siguientes acuerdos: “1º. Que los trabajadores firmantes pasarán el día 1 de enero de 1994 a formar parte integrante de la plantilla de la empresa “A.D., S.L.”; 2º.- que dicha empresa se obliga a respetar los intereses ad personam que tiene cada trabajador (Antigüedad, Categoría Profesional y Salario)”.- **NOVENO.**- Con fecha 28.10.97 el demandante inicia situación de IT., en la que continua actualmente.- **DÉCIMO.**- El demandante no ostenta cargo sindical alguno.- **ONCEAVO.**- Con fecha 27 de mayo de 1998 se celebró ante el SMAC acto de conciliación sin avenencia”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “**FALLO:** Que estimando la demanda formulada por don M. R. R. contra al empresa “A.D., S.L.”, debo declarar y declaro la improcedencia del despido del demandante realizado por la demandada el día 29 de abril de 1998; en consecuencia de tal declaración, **DEBO CONDENAR Y CONDENO** a la empresa demandada a estar y pasar por tal declaración y a que, a su opción y en el plazo de cinco días, readmita al actor en las mismas condiciones laborales que regían antes de producirse el despido o que indemnice al actor en la cantidad de 2.853.050 (DOS MILLONES OCHOCIENTAS CINCUENTA Y TRES MIL CINCUENTA) pesetas, con abono al actor de los salarios de tramitación desde la fecha del despido 29 de abril de 1998 hasta la notificación de la presente sentencia, a razón de 4.300 (CUATRO MIL TRESCIENTAS) pesetas/día, sin perjuicio de que habrán de tenerse en cuenta las cantidades percibidas, en este período, por el actor y derivadas de su situación de IT.”.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandada siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la demanda interpuesta por el actor, declara improcedente su despido y condena a la empresa demandada “A.D., S.L.”, a que opte entre la readmisión del trabajador en las mismas condiciones laborales que regían antes de producirse el despido, o que le indemnice en la cantidad de 2.853.050 ptas., con abono de los salarios tramitación desde la fecha del despido y hasta la notificación de aquella resolución a razón de 4.300 pesetas/día, sin perjuicio de que hayan de tenerse en cuenta las cantidades percibidas en este período por el actor y derivadas de su situación de IT.

Y contra este pronunciamiento recurre la empresa demandada articulando un primer motivo de suplicación, al amparo del art. 191.b) de la LPL, en el que interesa la modificación del numeral primero del relato fáctico en el sentido siguiente: “El actor M. R. R. prestó servicios para la empresa “D., S.A.” desde el 1 de agosto de 1983 y hasta el 1 de enero de 1994, data en que se inició su relación laboral con la demandada “A.D., S.L.”, con la categoría profesional de preparador de pedidos, y con un salario mensual de 129.000 pesetas, con inclusión del prorratao de pagas extras”.

El motivo no puede prosperar, pues por un lado, la redacción que se pretende contraviene la documental obrante al folio 64, consistente en los Acuerdos alcanzados entre la empresa “D., S.A.” y el personal de la misma, para pasar a formar parte de la nueva empresa “A.D., S.L.”, la cual, en la cláusula segunda del Acuerdo, se obliga a respetar los derechos ad personam que tiene cada trabajador (antigüedad, categoría profesional y salario). Y, por otro, la postulada modificación deja inalterado el hecho octavo del relato fáctico, que recoge esa misma cláusula segunda.

SEGUNDO.- Con idéntica cita procesal formula la recurrente un segundo motivo de suplicación, en el que interesa la adición al hecho probado segundo de la siguiente redacción: “Contra dicha sentencia se interpuso por “A.D., S.L.” recurso de aclaración, que fue estimado por auto de 16.04.98, notificado a las partes el día 21.04.98. Y con fecha del 25.04.98, se dicta providencia por dicho Juzgado de lo Social nº 1, por el que se tiene hecha la opción empresarial por la readmisión, y con el objeto de efectuar un nuevo despido, de conformidad con el art. 110.4 del TRLPL”.

El motivo debe prosperar por resultar así de la documental que se cita obrante a folios 60, 61 y 62 de las actuaciones, sin que en la sentencia recurrida conste mención alguna al auto de aclaración del anterior proceso y a la opción empresarial por la readmisión a los efectos de un nuevo despido.

TERCERO.- Al amparo del art. 191.c) de la LPL articula la demandada un tercer motivo de suplicación, relativo al examen del derecho aplicado, en el que denuncia infracción de los arts. 54.1 y 2.d), 55.4 del ET, en relación con el art. 108.1 de la LPL y la jurisprudencia casacional que cita, todo ello sobre la base de sostener que acreditados los hechos imputados al actor, la sanción impuesta por la empresa debe reputarse ajustada a derecho al constituir la apropiación del trabajador un incumplimiento grave y culpable merecedor de despido por transgresión de la buena fe contractual, al no resultar aplicable en este caso la teoría gradualista.

La censura jurídica que se denuncia debe tener favorable acogida, por las siguientes razones: 1.- Es un hecho indiscutido y está, además, plenamente acreditado que el día 24 de octubre de 1997, cuando el demandante salía de los lavabos del almacén, fue requerido por el encargado de dicho almacén de la empresa (que en ese momento hablaba con un viajante), para que le ensañase lo que portaba entre el pantalón y la ropa interior, a lo que accedió el actor mostrándole un frasco de champú marca “K.”,

manifestándole el actor que su intención no era la de apropiarse sino el de llevarlo a su esposa y, si no era de su agrado, devolverlo al día siguiente laborable.

2.- Sentado lo anterior, conforme tiene declarado reiterada doctrina jurisprudencial (STS de 22 de mayo de 1986, Ar. 2.609; 21 de julio de 1988, Ar. 6.221; 4 de febrero de 1991), la buena fe contractual a que se refiere el art. 54.2.d) del E.T. es la que deriva de los deberes de conducta y del comportamiento que el art. 5.a), en relación con el art. 20.2, ambos del referido Estatuto, imponen al trabajador; buena fe en su sentido objetivo, que, «constituye un modelo de tipicidad de conducta exigible o, mejor aún, un principio general de derecho que impone un comportamiento arreglado a valoraciones éticas, que condiciona y limita por ello el ejercicio de los derechos subjetivos (arts. 7.1 y 1.258 del Código Civil), con lo que el principio se convierte en un criterio de valoración de conductas con el que deben cumplirse las obligaciones, y que se traduce en directivas equivalentes a lealtad, honorabilidad, probidad y confianza», de tal modo que no cualquier transgresión de la buena fe contractual justifica el despido, sino aquélla que por ser grave y culpable «suponga la violación trascendente de un deber de conducta del trabajador, esto es, la que tenga calidad bastante para que sea lícita y ajustada a derecho la resolución contractual basada en el incumplimiento del trabajador (art. 1.124 del Código Civil), quien ha de conocer que su conducta viola la buena fe sin necesidad de dolo, pudiendo deberse la causa a su propia negligencia, imprudencia o descuido sin necesidad de un perjuicio económico para la empresa o, incluso, mediante la realización de la conducta sancionable con abuso de confianza, cuando se aprovecha de una especial situación (autonomía en el desarrollo del trabajo o dificultades de control y vigilancia por parte del empresario) para la comisión de la falta».

3.- Y en el presente caso, partiendo de los hechos declarados probados, ha de estimarse que la referida conducta observada por el trabajador debe reputarse como constitutiva de la sanción de despido, pues ni su antigüedad en la empresa ni el escaso valor de lo sustraído permiten calificar la decisión extintiva empresarial como improcedente por aplicación de la teoría gradualista, ya que no debe olvidarse que existe una consolidada doctrina jurisprudencial (STS de 03.10.1988, Ar. 7.503, y las que en ella se citan, 17.09.1990, Ar. 7.014) expresiva de que procede el despido «en cuanto quede evidenciada una realidad claramente constitutiva de deslealtad para con la empresa y de quebrantamiento de la buena fe, que necesariamente ha de presidir, con reciprocidad, las relaciones empresa-trabajador porque sin tales presupuestos la convivencia

humana y profesional se haría absolutamente inviable», de tal modo que quebrantadas éstas y rota aquélla la relación laboral debe extinguirse, máxime cuando deben ser tenidos en cuenta, también, otros criterios como la peligrosidad de la conducta para la organización del trabajo y la necesidad estricta de prevenir comportamientos semejantes.

Por ello, la Sala no comparte la interpretación del Juzgador de instancia, ya que, por un lado, el actor, como empleado de la empresa, solo podía llevar productos a su domicilio “previa comunicación al encargado”; obligación ésta que no solo no observó, sino que fue descubierto por el propio encargado cuando portaba “oculto” el frasco de champú, entre el pantalón y la ropa interior, lo que evidencia su voluntad de apoderarse del mismo al margen de todo conocimiento por parte de la empresa. Por otro lado, el hecho de que pudieran existir otros escondites más seguros para llevar a cabo la sustracción, no significa que el elegido por el actor -y que resultó descubierto- desvirtúe su comportamiento contrario a las exigencias de la buena fe contractual. Consecuentemente, su conducta realizada dolosamente debe entenderse con la culpabilidad y gravedad suficiente como para estimar la procedencia de su despido en aplicación de los arts. 54.2.d) y 55.4 del ET, y ello porque el proceder del trabajador supone un evidente y frontal incumplimiento de sus obligaciones laborales, haciendo imposible su mantenimiento en el puesto de trabajo ante la pérdida total de la confianza -presente y futura- por parte del empleador; sin que tampoco se oponga a ello el Convenio Colectivo Estatal de Productos Químicos Industriales y de Droguería, Perfumería y Anexos, aprobado por Resolución de 03.07.97 (BOE de 23.07.97), que califica como falta muy grave “el fraude, deslealtad o abuso de confianza en las gestiones encomendadas y el hurto o robo, tanto a la empresa como a los compañeros de trabajo o cualquier otra persona dentro de las dependencias de la empresa o durante el trabajo en cualquier otro lugar” (art. 67), y permite en su art. 69 imponer como sanción la rescisión del contrato en los supuestos en que la falta fuera calificada “de un grado máximo”, en el que -en base a lo ya razonado- debe incardinarse la conducta del actor, sin necesidad ya de entrar en el examen de los dos restantes motivos de recurso articulados con carácter subsidiario. En razón a lo expuesto,

Fallamos

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la demandada “A.D., S.L.”, contra la sentencia de fecha 30 de julio de 1998 dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Orense, en los presentes autos sobre despido, debemos revocar y revocamos dicha

sentencia, y con desestimación de la demanda interpuesta por el actor don M.R.R., declaramos su despido procedente y convalidamos la extinción de su contrato de trabajo sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación.

**2614 RECURSO N°
03/0007475/1996**

S. CA

DENEGACIÓN IMPROCEDENTE DE SUBVENCIÓN Á CONTRATACIÓN DE TRABALLADORES NA MODALIDADE DE TRANSFORMACIÓN DE CONTRATO TEMPORAL EN INDEFINIDO. CONCORRENCEA DOS REQUISITOS ESIXIDOS POLA NORMA REGULADORA DA SUBVENCIÓN, AGÁS O DE ATOPARSE Ó CORRENTE NO PAGAMENTO DAS OGRIGAS DE SEGURIDADE SOCIAL, QUE ESTÁ PENDENTE DE RESOLUCION XUDICIAL QUE DETERMINE A EXISTENCIA OU NON DESTAS DÉBEDAS.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Antonio Vesteiro Pérez

En la Ciudad de A Coruña, dieciocho de febrero de mil novecientos noventa y nueve.

En nombre del Rey

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sección Tercera) ha pronunciado la

SENTENCIA

En el proceso contencioso-administrativo que, con el número 03/0007475/1996, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por “M.V., S.A.” seguros y reaseguros sobre la vida humana, domiciliado en c... (A Coruña), representado por don L.F.A.M. y dirigido por el Letrado don J.F.F.A., contra Resolución de 18.12.95 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Direc. Provinc. del INEM de Vigo-Pontevedra sobre solicitud de subvención por la conversión en indefinido de un contrato temporal; Expte. nº 23.270/94. Es parte la Administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, representada por el ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es determinada en 250.000 ptas.

Antecedentes de hecho

I.- Admitido a trámite el recurso contencioso-administrativo presentado, se practicaron las diligencias oportunas y dado traslado de los autos a la parte actora para que se dedujera la demanda lo realizó por medio de escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, suplicó se dictase sentencia declarando no ajustada a Derecho la resolución recurrida.

II.- Conferido traslado a la parte demandada, solicitó la desestimación del recurso, de conformidad con los hechos y fundamentos de Derecho consignados en su escrito de contestación.

III.- No habiéndose recibido el asunto a prueba, y seguido el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 9 de febrero de 1999, fecha en que tuvo lugar.

IV.- En la sustanciación del recurso se han observado las prescripciones legales.

Fundamentos de derecho

I.- La cuestión de fondo que plantea el presente recurso es la de si la resolución recurrida, dictada por el Director Provincial del INEM, por la que se le denegó a la entidad recurrente la subvención por transformación del contrato temporal en prácticas en trabajo indefinido de un trabajador al amparo del R.D.L. 3/93 de 26 de febrero, acogidos a las medidas de fomento del empleo previstas en la Ley 22/92, al estimar que la recurrente incumplía el requisito exigido por el art. 4.a) de la referida Ley 22/92, de 30-VII, pues no se hallaba al corriente en el cumplimiento o pago de sus obligaciones frente a la Seguridad Social, además de no observar lo establecido en los arts. 2 de la O. de 12.04.94 y art. 1.4 del R.D. 2.225/93.

Figura con deudas en la T.G. de la Seguridad Social pendientes de resolución por el T.S.J. de Madrid.

La recurrente aduce que la Administración, además de ignorar la circunstancia de la pendencia de impugnación de aquella deuda, no interpretara adecuadamente el aludido requisito, pues la demandada considerara la obligación de acreditar hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias como requisito de capacidad del beneficiario de la subvención, siendo así que tal acreditación como lo demuestra el haber prestado aval por el importe de dichas cantidades en cuantía suficiente y cuya cuantía se está discutiendo.

III.- En el presente caso, permitía, a modo de vestigio, presumir que la recurrente estaba al corriente de sus obligaciones sociales, no obstante, en la misma certificación se señalaba que figuraba

con deudas en recaudación por el importe ya señalado.

IV.- Por lo que se refiere a la circunstancia de tener impugnada la deuda, ya tiene dicho la Sala en otras ocasiones que este requisito, por lo que a obligaciones de pago se refiere, ha de relacionarse con deudas vencidas, líquidas y exigibles, y que la interpretación sobre el alcance de aquel requisito debe hacerse de forma coherente con las exigencias derivadas del derecho a obtener la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la CE), en el sentido de que aún no existiendo obligación de solicitar la subvención, el legítimo derecho del solicitante a discutir la existencia de la deuda, claramente relacionado con aquel derecho constitucional, no puede ni debe sesgar o enervar el legítimo interés del beneficiario, a que se haga realidad aquella expectativa de acceder a la subvención, si concurren los restantes requisitos habilitantes de la norma subvencionadora, de tal suerte que, si éstos concurren, la subvención o incentivo debe ser reconocido, si la resolución que ponga fin a la impugnación, con la consiguiente obligación de reintegro de los beneficios concedidos (art. 7 de la Ley 22/92), si la impugnación resulta desestimada y confirmada, por tanto, la existencia de deuda con la Seguridad Social.

Pues bien, en el presente caso, acreditó que está pendiente de la vía económico-administrativa, y de una resolución judicial por lo que al haber prestado aval es garantía suficiente para su concesión.

V.- No se hace imposición de costas (arts. 81.2 y 131 de la Ley Jurisdiccional).

Fallamos

Que estimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por "M.V., S.A." seguros y reaseguros sobre la vida humana, contra Resolución de 18.12.95 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Direc. Provinc. del INEM de Vigo-Pontevedra sobre solicitud de subvención por la conversión en indefinido de un contrato temporal; expte. nº 23.270/94, dictado por MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL; debiendo anular las resoluciones recurridas por ser contrarias a Derecho. Sin imposición de costas.

2615 RECURSO N° 76/96

S. S.

CONSIDERACIÓN DOS TEMPOS MORTOS A EFECTOS DO CUMPRIMENTO DA CARENCIA PARA LUCRAR PENSIÓN DE VIUVEZ.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Manuel Domínguez López

A Coruña, a veintiséis de febrero de mil novecientos noventa nueve.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia,

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 76/96 interpuesto por el INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. CINCO de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña M.A.L.F. en reclamación de VIUDEDAD siendo demandado el I.S.M. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 622/95 sentencia con fecha dieciséis de noviembre de mil novecientos noventa y cinco por el Juzgado de referencia que estimó parcialmente la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: 1º.- La actora doña M.A.L.F., mayor de edad, con D.N.I..., contrajo matrimonio con don P.S.F., afiliado a la Seguridad Social con el número..., conviviendo con el susodicho hasta la fecha de su fallecimiento ocurrido en 1994./ 2º.- Solicitó pensión de viudedad, siéndole denegada por no acreditar 500 días cotizados dentro de los cinco años anteriores a la fecha del fallecimiento. Contra tal resolución se interpuso reclamación previa, siendo desestimada por el mismo motivo./ 3º.- El fallecido estuvo de alta en la Seguridad Social como trabajador del Mar, cotizando a través del convenio oficial desde 01.01.87 a 31.12.89. percibió pensión por desempleo de nivel asistencial desde el 12.04.87 a 11.05.87, 07.08.87 a 04.10.87, 05.09.88 a 04.03.90, 05.03.90 a 07.04.92".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por doña M.A.L.F. contra el INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA, debo declarar y declaro el derecho de la actora a percibir la pensión de viudedad en la cuantía que legalmente corresponda, condenando al INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA al abono de la misma".

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandada siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurre el Instituto Social de la Marina la sentencia de instancia que estimó la demanda rectora de los autos, solicitando su revocación y al amparo del art. 191.b) LPL insta la revisión de los hechos declarados probados al objeto de que se añada el ordinal N° 4 proponiendo la siguiente redacción: "El esposo de la actora figuraba dado de alta como autónomo, desde el 01.05.94 hasta la fecha de su fallecimiento"; procede la adición postulada por corresponder a la realidad como reconoce la parte recurrida en el escrito de impugnación del recurso y fundarse el añadido en documento hábil a tal efecto (f. 22) informe de cotización.

SEGUNDO.- En sede jurídica con amparo en el art. 191.c) LPL se denuncia infracción por aplicación indebida, inaplicación o interpretación errónea del art. 174 TRLGSS en relación con el art. 7.1.b) O. de 13.02.67 alegando que el causante no reúne el período mínimo de carencia de 500 días cotizados, dentro de los últimos cinco años, el recurso no puede prosperar por cuanto ha de seguirse reiterada doctrina de nuestro mas Alto Tribunal sentada, entre otras, en TS 4ª, S 7-5-1998, R. 2.513/1997 y las que cita, según la cual, con el fin de evitar situaciones de desprotección, el período en el que exista imposibilidad de cotizar se pone entre paréntesis, como una especie de "tiempo muerto" y el límite temporal -para el computo de los 500 días- se amplia en el tiempo equivalente hacia el pasado (Sentencias de 1 de julio de 1993, 10 de diciembre de 1993 y 24 de octubre de 1994, entre otras) al momento de la cesación del trabajo, de tal forma que el período de paro involuntario ha de considerarse como un paréntesis del que debe prescindirse a efectos del cómputo de la citada carencia específica de los 500 días de cotización en los cinco años, ya que reconocido el paro involuntario, incluso el no subsidiado, esta circunstancia no debe perjudicar al trabajador, e incluso dicha doctrina se aplica en el caso de concurran varios períodos de actividad laboral discontinuos, entre los que se intercalan períodos de paro involuntario con tal, ya que en ambos supuestos se mantiene viva la voluntad del causante de mantenerse vinculado al sistema de la Seguridad Social, siendo la inscripción como demandante de empleo en la Oficina correspondiente el instrumento justificativo de la involuntariedad del paro, doctrina que aplicada al presente supuesto implica no computar el periodo de desempleo -

desde 05.09.88 a 04.03.90, desde 05.03.90 hasta 07.04.92 fechas en que lucró subsidio de desempleo y desde entonces hasta 01.05.94 en que estuvo en desempleo inscrito como demandante- por lo que se ha de computar el tiempo de cotización por convenio especial con lo que supera con creces la cotización exigida, por ello y al haberlo entendido así el juzgador de instancia no incurre la resolución recurrida en el defecto denunciado y procede su confirmación.

Fallo

Que desestimamos el recurso de suplicación formulado por el INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA contra la sentencia dictada el 16.11.95 en auto N° 622-95 del Juzgado de lo Social N° 5 de Vigo, seguidos a instancia de M.A.L.F. contra el recurrente, resolución que se mantiene en su integridad.

2616 RECURSO N° 5. 231/98

S. S.

IMPROCEDENCIA DO DESPEDIMENTO ACORDADO POR FALTAS DE ASISTENCIA, Ó ENCONTRARSE LEGALMENTE EN SUSPENSO O CONTRATO DE TRABALLO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio Outeiriño Fuente

A Coruña, a veintiséis de febrero de mil novecientos noventa y nueve.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia,

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 5.231/98 interpuesto por don L.L.D. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don L.L.D. en reclamación de DESPIDO siendo demandado la Empresa “M.A.F., S.A.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 478/98 sentencia con fecha dos de octubre de mil novecientos noventa y ocho

por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1.- El actor don L.L.D., viene prestando sus servicios por cuenta de la empresa demandada desde el día 8 de mayo de 1972 con la categoría de Oficial 1º y un salario de 158.720 pts. mensuales, incluida la prorrata de las pagas extras. La empresa demandada se dedica a la actividad de fabricación de vehículos todo terreno y tiene a su servicio más e veinticinco trabajadores.- 2.- El actor presta los servicios propios de su categoría profesional en el centro de trabajo que la empresa tiene en... (Lugo) y nunca ha ostentado cargo alguno de carácter sindical.- 3.- La empresa demandada, por carta de fecha 26 de junio de 1998, comunicada el 29, participó al actor que estaba despedido por haber faltado al trabajo durante los días 16, 17, 18, 19, 22, 23, 24 y 25 de junio de 1998, hechos que constituyen incumplimientos contractuales graves y culpables tipificados como justa causa de despido de conformidad con el apartado dos, a) del art. 54 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.- 4.- El actor causó baja por enfermedad común el 14.01.97 y alta por inspección médica y agotamiento del plazo en fecha 15.06.98. Con fecha 18 de septiembre de 1998 el SERGAS emitió una comunicación firmada por el Inspector Médico y dirigida a don L.L.D., en la que se dice: “En relación con el alta por agotamiento de 15.06.98, realizada por esta inspección le comunicamos que a día de hoy se ha procedido a anular la mencionada alta, ya que la fecha correcta es la del 13.07.98. Esta anulación ha sido comunicada también a su empresa y al I.N.S.S.”.- 5.- El actor faltó al trabajo los días señalados en la carta de despido y no recurrió el alta médica ni acudió a la empresa a justificar las ausencias y desde que recibió la carta de despido el 29 de junio no apareció por la empresa hasta el 20 de julio en que solicitó su presencia para personarse en su puesto de trabajo a las 7 horas.- 6.- Con fecha 3 de agosto de 1998 se celebró acto de conciliación, que concluyó “sin avenencia”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Se desestima la demanda de don L.L.D. contra la empresa “M.A.F., S.A.”, declarando procedente el despido realizado por carta de 26 de junio de 1998, y absolviendo a la parte demandada de las pretensiones de la demanda”.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante siendo impugnado de contrario. Elevados los autos

a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestima la demanda interpuesta por el actor y declara su despido procedente absolviendo libremente a la empresa demandada. Y contra este pronunciamiento recurre el trabajador demandante articulando un primer motivo de suplicación, al amparo del art. 191.b) de la LPL, en el que interesa la adición de un nuevo hecho probado (que sería el ordinal sexto) con la siguiente redacción: “Por Resolución de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social de fecha 6 de junio de 1998, fecha de salida 15 de julio y recibida el 17 de julio, a don L.L.D. le fue denegada la prestación de incapacidad permanente por no alcanzar las lesiones que padece, un grado suficiente de disminución de su capacidad laboral, para ser constitutivas de incapacidad permanente”.

La adición que se propone debe prosperar por resultar así de la documental que se cita (folios 35 a 37), si bien con la rectificación de la fecha de la Resolución de la Dirección Provincial del INSS que es la de 6 de julio de 1998, en vez de la de 6 de junio que cita el recurrente.

SEGUNDO.- Con idéntica cita procesal postula el demandante la adición de otro hecho probado (el séptimo) con la siguiente redacción: “La empresa demandada, con fecha 1 de septiembre de 1998 emitió un certificado, a efectos de que por el Instituto Nacional de la Seguridad Social se proceda al pago de la prestación de incapacidad temporal del trabajador don L.L.D., a partir del 16 de junio de 1998”.

El motivo debe prosperar por resultar así de la documental obrante al folio 38 de las actuaciones, si bien con al añadido al final de “... por agotamiento de IT”, que es lo que consta en la referida certificación.

TERCERO.- Al amparo del art. 191.c) de la LPL, articula el actor sendos apartados de recurso en los que denuncia, en el primero, infracción por no aplicación de lo dispuesto en los arts. 45. c) del ET y 131 bis del la LGSS, e infracción por aplicación indebida de los arts. 54.2.a) y 55.4 del mismo texto legal; y en el segundo, infracción por aplicación indebida de lo dispuesto en el art. 5.a) del ET, todo ello sobre la base de sostener que el recurrente, al agotar el período de incapacidad temporal, independientemente de que se tome el de 16 de junio de 1998 o el de 13 de julio de 1998 que figura en la comunicación efectuada por el INSS para deshacer el error padecido, y que fue notificada

también a la empresa demandada, vio prorrogada tal situación por imperio de la LGSS hasta la resolución del expediente de invalidez permanente, por lo que no tenía obligación de incorporarse al puesto de trabajo hasta la recepción de la notificación sobre la invalidez permanente. Y la empresa no puede alegar desinterés por parte del actor al no comunicar tal situación, ya que la misma se produce ex lege y no es necesario comunicarla. En cualquier caso, el recurrente comunicó el alta por agotamiento, sin que sea de recibo pretender que el trabajador se reincorpore a su puesto de trabajo o, caso de no hacerlo, proceder a su despido y, al propio tiempo, certificar que debe de ser la Seguridad Social quien satisfaga la prestación de incapacidad temporal del actor.

La censura jurídica que se denuncia debe prosperar por las siguientes razones: 1.- Consta probado y así resulta, en síntesis, del relato fáctico que: a) El actor, trabajador al servicio de la empresa demandada desde el 8 de mayo de 1972, con la categoría de oficial 1^a y salario mensual total de 158.720 ptas., causó baja por enfermedad común el 14.01.97 siendo dado de alta por Inspección el 15.06.98, por agotamiento del plazo máximo de su incapacidad temporal. Dicha alta fue anulada de oficio por la propia Inspección médica del Sergas, en virtud de comunicación de fecha 18 de septiembre de 1998 efectuada a la empresa y al trabajador, por estimarse que la fecha correcta era la de 13 de julio de 1998; b) El trabajador demandante fue despedido por carta de fecha 26 de junio de 1998, que le fue comunicada el 29 de junio siguiente, por haber faltado al trabajo durante los días 16, 17, 18, 19, 22, 23, 24 y 25 de junio de 1998; c) Por Resolución de la Dirección Provincial del INSS de 6 de julio de 1998, fecha de salida 15 de julio y recibida el 17 de julio, le fue denegada al actor la prestación de incapacidad permanente por no alcanzar las lesiones que padece, un grado suficiente de disminución de su capacidad laboral, para ser constitutivas de incapacidad permanente”; Y d) En 20 de julio siguiente el actor acudió a la empresa con la intención de incorporarse a su puesto de trabajo.

2.- En función de lo anterior, la cuestión a resolver en el presente proceso -y en el recurso- es la relativa a la determinación del momento en que se produce la reanudación del vínculo laboral suspendido por la situación de incapacidad temporal del trabajador (art. 45.1.c) del ET), cuando éste ha sido dado de alta por la Inspección médica por agotamiento del plazo máximo de su incapacidad temporal (art. 128.1.a) de la LGSS) y, posteriormente, se anula el alta por la propia Inspección Médica del Sergas señalándose como fecha correcta de la misma la de 13 de julio de

1998, y se dicta resolución administrativa por el INSS -en 6 de julio- denegatoria de la invalidez permanente.

Al respecto, de conformidad con el art. 131 bis nº 2 de la LGSS, “cuando la situación de incapacidad temporal se extinga por el transcurso del plazo máximo fijado en el apartado a) del nº 1 del art. 128, se examinará necesariamente, en el plazo máximo de tres meses, el estado del incapacitado a efectos de su calificación, en el grado que corresponda, como inválido permanente”; añadiendo el nº 3 del referido precepto que “sin perjuicio de lo dispuesto en los números anteriores, cuando la extinción se produjera por el transcurso del plazo máximo fijado en el apartado a) del nº 1 del art. 128 ...los efectos de la situación de incapacidad temporal se prorrogarán hasta el momento de la calificación de la invalidez permanente...”, momento éste que la doctrina jurisprudencial (STSud. de 22.10.1991, Ar. 7.745; 2 de marzo de 1992, Ar. 1.609 y 15.04.94 Ar. 3.249) sitúa en la resolución administrativa del INSS sin esperar a la decisión judicial si aquélla fuera impugnada.

Consecuentemente, es claro que la relación laboral del actor se encontraba en suspenso en el momento de la decisión extintiva empresarial acordada por la demandada con efectos de 29 de junio de 1998, pues su alta médica inicial - de fecha 15.06.98- no se produjo por curación, sino por el transcurso del plazo máximo fijado en la ley para la incapacidad temporal, por lo que con independencia de que ese plazo no hubiera transcurrido en su totalidad (lo que motivó la anulación de oficio del alta), es lo cierto que estando pendiente la resolución de un expediente administrativo de incapacidad permanente, o la calificación de la misma, los efectos de esa situación de incapacidad temporal se prorrogaron hasta el 17 de julio de 1998, fecha en que se notificó al demandante la resolución denegatoria de la invalidez permanente, y a partir de la cual debía de solicitar su vuelta al trabajo o, en su caso, justificar ante el empresario su imposibilidad de hacerlo. Por ello, habiendo intentado esa reincorporación el día 20 siguiente (lunes), el despido acordado con anterioridad por la empresa demandada por faltas reiteradas al trabajo, pese a que en las fechas que se indican en la carta la relación laboral continuaba suspendida por disposición legal, debe reputarse como improcedente al amparo de lo dispuesto en los arts. 5.a), 45.1.c) y 55.4 del ET, con los efectos previstos en el art. 56 de la referida norma laboral básica, pues, en definitiva, la interpretación realizada por el Juzgador a quo, al calificar dicho despido como procedente, infringe los preceptos citados. Procede, por tanto, revocar el fallo impugnado y estimar la demanda en el sentido indicado.

Fallamos

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por el actor don L.L.D., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Lugo, con fecha 2 de octubre de 1998, en los presentes autos sobre despido, debemos revocar y revocamos dicha sentencia y, con estimación de la demanda interpuesta por el referido actor, debemos declarar y declaramos la improcedencia de su despido y, en consecuencia, condenamos a la empresa demandada “M.A.F., S.A.”, a que OPTE: entre readmitir al trabajador en las mismas condiciones que regían antes de su despido, o bien a abonarle la cantidad de 6.228.564 ptas. en concepto de indemnización, más la suma en ambos casos de los salarios dejados de percibir desde su despido, a razón del salario diario de 5.291 ptas. y hasta la notificación de la presente sentencia.

2617 RECURSO Nº 5/99

S. S.

IMPROCEDENCIA DE RESOLUCIÓN DE CONTRATO POR INCUMPLIMENTO EMPRESARIAL, ALEGANDO MODIFICACIÓN DE CONDICIONES DE TRABALLO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Adolfo Fernández Facorro

La Coruña, veintiséis de febrero de mil novecientos noventa y nueve.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia,

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 5/99, interpuesto por la empresa “V., S.A.”, contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de La Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 666/98 se presentó demanda por doña M.V.L.P. en reclamación sobre Resolución de contrato, siendo demandado la empresa “V., S.A.”, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha veintitrés de octubre de mil novecientos

noventa y ocho, por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “Primero: Que la demandante doña M.V.L.P. vino prestando sus servicios para la demandada “V., S.A.”, con antigüedad de 01.03.83, con la categoría profesional de directora de diseño, percibiendo un salario mensual de 815.151 ptas. con inclusión del prorrato de pagas extraordinarias./ Segundo: Que la demandante desde que inició su actividad profesional en la empresa y hasta la fecha de su baja médica por depresión ocurrida el 28.04.98, vino realizando en la fábrica las funciones de coordinadora del departamento de diseño, llevando personalmente la línea denominada “S.V.” y supervisando las otras dos. Desde que se vendió la fábrica, la demandante continuaba llevando directamente la línea “S.V.”, si bien la línea “L. A.”, era llevada por la diseñadora B.M., y la otra línea “V.H.” por la demandante y la diseñadora R.V.. La demandante además de encargarse de todo lo necesario para el desarrollo de las colecciones de su línea de diseño, mantenía relaciones y entrevistas con los proveedores, con los denominados en la fábrica grandes clientes, (“C.I.” y “C.”), y asistía regularmente a ferias, viajando incluso al extranjero./ Tercero: Que en el mes de febrero de 1998 la actora preparó el Stand de la línea “S.V.” En Madrid, de la Semana Internacional de la Moda colocando todo el mencionado Stand en compañía de otra diseñadora, y apareciendo en los recortes de prensa como la diseñadora responsable de la mencionada colección, y una vez efectuada dicha preparación se vino a A Coruña. Por esa época aproximadamente su esposo que hasta entonces ocupaba el cargo de director gerente de la empresa fue despedido. En el mes de febrero o marzo la empresa demandada contrató al señor don S.M. como coordinador del departamento de diseño, quien desde el mes de abril se hizo cargo de forma directa de la línea “S.V.”- Colección primavera-verano de 1999, colaborando con el mismo la diseñadora R.V. Presentando la Colección en la Semana de la Moda celebrada en Madrid en el mes de septiembre de 1998 paralelamente a la Pasarela Cibeles y apareciendo en los recortes de prensa como diseñadora responsable de la colección “S.V.”, R.V./ Cuarto: La demandante permaneció en situación de baja médica desde el 28.04.98 hasta el 20.06.98 en que se reincorporó a la empresa. Con fecha 1 de julio de 1998 dirigió una carta al Sr. Don J. O., responsable de producción e igualmente al Sr. S.M. y al consejero delegado Sr. M., en la que se solicitaba la asistencia a la feria de hilatura denominada “Pitti Filati” a celebrar en Florencia (Italia), los días seis y siete de julio de 1998. La mencionada carta no tuvo contestación. La feria tuvo lugar en los días referidos en aquélla y a la

misma asistieron las otras diseñadoras de la empresa o a menos una de ellas, dado que con anterioridad a la petición de la actora ya estaban repartidos los viajes, habiéndolos coordinado el Sr. M. La mencionada feria versaba sobre hilos a aplicar en la temporada Otoño-Invierno del 2000./ Quinto: A la actora desde que se incorporó a la empresa tras la baja se le encomendaron los trabajos siguientes: recibir con fecha 08.07.98 al agente comercial de la firma de botones “F.V.”, emitiendo informe posteriormente. Confeccionar una carta de colores para la campaña de primavera-verano 1999. Diseñar un bolsillo para una prenda de algodón y una bandera de colores. Las cuales fueron entregadas por la actora a don J.M.F., el 16 de julio de 1998 haciendo constar la demandante “su incomprendimiento respecto de la utilidad de lo entregado”. Asimismo también se le encargó escribir un texto para la revista “P.”, lo cual se confeccionó en fecha 24.07.98./ Sexto: En fecha 8 de agosto la actora dirigió nueva carta a don J.M.V. Consejero Delegado de la empresa, solicitando información sobre su asistencia a los tres eventos más importantes próximos en el tiempo: El desfile en el Pazo de Mariñán el 28 de agosto, el Pret-a-Porter de París del 4 al 7 de septiembre y la feria de Madrid a celebrar a continuación del mismo. Dicha carta fue recibida por su destinatario el 24 de agosto. La demandante no obtuvo contestación./ Séptimo: En la actualidad el lugar de desempeño de la tarea diaria en la empresa de la trabajadora demandante consiste en una mesa de trabajo con un ordenador que funciona mal, y sin teléfono. No mantiene relaciones con Grandes Clientes. Ni con Proveedores. No consta en autos bajo las órdenes concretas de quién se encuentra la actora en la empresa, desde el mes de febrero de 1998. No realiza desplazamientos al extranjero”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO./ Que estimando la demanda promovida por doña M.V.L.P. contra “V., S.A.” debo declarar y declaro extinguida la relación laboral que unía a los litigantes al día de hoy condenando a la demandada a estar y pasar por la anterior declaración y al abono de la cantidad de 19.148.232 pts. en concepto de indemnización”.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandada, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el pase de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la demanda de la actora y declara resuelto su contrato de trabajo condenando a la empresa demandada al

abono de una indemnización en cuantía equivalente a la de despido improcedente, contra la misma acude en Suplicación la empresa a través de un motivo de revisión probatoria y otros en los que denuncia infracción de normativa jurídica. La revisión tiene por objeto que se adicione a los ordinarios de prueba, uno en el que se haga constar que la actora se hallaba vinculada a la empresa "V., S.A." por un contrato de alta dirección en el que rendía cuenta solamente ante el Consejo de Administración, funda dicha pretensión en la prueba documental consistente en la carta que obra al folio 30 y las nóminas que figuran en los folios 48 a 51.

No es procedente la inclusión del dato fáctico pretendido, pues sin perjuicio de que las alegaciones que la empresa efectúa en defensa de la existencia de un contrato de alta dirección puedan ser objeto del oportuno análisis, no es posible establecer como hecho probado una afirmación sujeta a controversia que implicaría predeterminar el contenido del fallo, al menos en alguno de los aspectos a que pudiera extenderse.

SEGUNDO.- Entiende la recurrente que las circunstancias que concurren en la relación de la actora con la empresa apoyan la referida pretensión, de considerar su contrato como de alta dirección, así, la cuantía de su salario, que la recurrente califica de desmesurado en relación con trabajadores sujetos a relación laboral ordinaria, su actuación profesional, ejercida de forma autónoma y con plena responsabilidad, así la actora en la demanda se atribuye la condición de directora de diseño desarrollando sus funciones en la gestión de las colecciones de la empresa, interviniendo en la promoción de sus productos y contactando directamente con los grandes clientes, todo ello lo afirma la propia demandante, e incluso en el mismo sentido achaca a la empresa la exclusión de esas funciones de supervisión y elaboración de colecciones, por último en la carta que dirige la actora al Consejero Delegado de la empresa el 15 de julio de 1998 le ruega que se el indique de quién depende funcionalmente, al haber cesado su marido que era el anterior Gerente, lo que también reconoce en juicio cuando señala que respondía de su trabajo ante el propio Gerente.

No puede desconocerse que los datos referidos son claramente indiciarios de la posible existencia de la relación de alta dirección que la empresa alega, y podría añadirse incluso, como antecedente, el que la actora realizaba sus funciones en una empresa originariamente propiedad de su padre y cuyo Gerente era su propio marido, pero sin embargo todo ello no es suficiente para afirmar la existencia de esa relación laboral especial, que la empresa en ningún momento ha tratado de acreditar en forma

adecuada, pues constituyendo una excepción a la presunción general de relación laboral ordinaria habría de exigirse una prueba más concreta, bien derivada del organigrama de la empresa o de la forma en que la actora desempeñaba su trabajo, quién lo controlaba o incluso qué cargos existían entre el Consejo de Administración de la demandada y los Directores de diseño, pues precisamente la actora ocupaba dicho puesto, pero no era la única directora.

La situación que pudiera existir, cuando la empresa radicaba en la propia familia de la demandante, no permite una interpretación extensiva a la que surge en el momento que la adquieren terceras personas, en fecha que no se precisa en autos, a partir de cuyo momento se producen nombramientos de personal con cargos y funciones superiores al que ostenta la demandante, por lo que al no haber precisado la empresa dicha situación inicialmente, y no constar tampoco por escrito la realidad de esa relación de carácter especial, no puede acogerse la pretensión de la empresa sobre dicho particular.

TERCERO.- En orden a derecho se denuncia la infracción por indebida aplicación del art. 50.a) del Estatuto de los Trabajadores en el que funda su acción la demandante y que exige para dar lugar a la resolución contractual que se produzca una modificación sustancial de las condiciones de trabajo que redunden en perjuicio de la formación profesional del trabajador o en menoscabo de su dignidad. Entiende la recurrente que no concurren ninguna de dichas circunstancias en el supuesto de autos, sino que las vicisitudes de su relación de trabajo están ocasionadas por una situación de baja médica de la actora y una posterior actitud negativa después de su reincorporación. La baja de la actora con el diagnóstico de depresión se produce entre el 28 de abril y el 20 de junio de 1998 y coincide con el momento en que se está trabajando en la colección primavera-verano para 1999, en dichas circunstancias la empresa tiene que recurrir a otra persona que supla las funciones de la Sra. L. y lo hace con el Sr. S.M., que ya había colaborado ocasionalmente con la empresa, a él se le encomienda la puesta en marcha de la referida colección, sin que la posterior reincorporación de la trabajadora permita que intervenga en la colección aludida, teniendo en cuenta el momento en que se encontraba, sin embargo se le encomiendan tareas propias de su cometido profesional sin perjuicio de que posteriormente iniciase su actividad con la campaña otoño-invierno con toda normalidad. Eso explica asimismo, que no se le haya asignado la realización de viajes de campaña relativas a la colección primavera-verano de 1999 y que los referidos viajes los efectúe el Sr. S.M. como persona que ha intervenido en la colección referida.

CUARTO.- Para centrar debidamente la cuestión debatida ha de partirse de que la extinción contractual a instancia del trabajador que regula el art. 50.a) del E.T. exige no sólo la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y que ello redunde en perjuicio de su formación profesional o en menoscabo de su dignidad, sino que la producción de dicha situación esté originada en un incumplimiento grave y culpable del empresario, en definitiva, como ha dicho en múltiples ocasiones la jurisprudencia, ese incumplimiento es el que sirve de base a la equiparación de dicha causa de extinción con el despido improcedente.

En el supuesto que nos ocupa la actora parece referir esa situación de incumplimiento empresarial al mes de febrero de 1998 pero realmente de la resultancia fáctica de la sentencia sólo se desprende que esa posible modificación de condiciones de trabajo hay que referirla en el mejor de los casos al período de tiempo que media entre su reincorporación al trabajo después de su baja médica el 20 de junio de 1998 y la demanda conciliatoria de resolución contractual presentada el 24 de julio siguiente. Esta afirmación resulta de que la propia sentencia de instancia establece que en febrero de 1998 la actora preparó la línea "S.V." en la Semana Internacional de la Moda de Madrid en colaboración con otra diseñadora, figurando en los recortes de prensa como responsable de dicha colección, y aunque por esas fechas o en el mes de marzo la empresa contrató a un nuevo coordinador del Departamento de diseño, el Sr. S.M., éste no se hizo cargo de la referida línea para la colección primavera-verano 1999 hasta el mes de abril siguiente, por cuyas fechas se produjo el despido del esposo de la actora como Gerente de la empresa y la subsiguiente baja por depresión que se extendió como ya se señaló hasta el 20 de junio siguiente. De todo ello se infiere que hasta dicho momento no existe la menor actuación empresarial que pueda servir de base a la acción resolutoria que se ejercita.

Una vez producida la incorporación la tesis que se sustenta en la demanda y que acoge la sentencia de instancia es que los escasos trabajos que se le encomendaron durante el mes de julio de 1998 producen la modificación sustancial de sus condiciones de trabajo, ya que no se da contestación a sus cartas en las que solicita que se le informe si habrá de desplazarse como hacía normalmente para la preparación de las colecciones, ni tampoco se le encomiendan trabajos de entidad adecuada a su categoría y se le instala en un despacho en el que sólo existe una mesa y un ordenador que funciona mal y sin disponer de teléfono, y ya no mantiene directas relaciones con grandes clientes o con proveedores como sucedía con anterioridad.

Centrándonos al referido período se observa que a la actora le fueron encomendados los trabajos que señala el ordinal cuarto de los de prueba, pero también se aprecia que ha intervenido en diversas reuniones del Departamento de diseño y que si la actora aduce que los trabajos encomendados carecían de importancia y no guardaban relación con su categoría, también los informes de la empresa hacen constar su desinterés y actitud negativa en las referidas actuaciones.

No resulta lógico que encontrándose la actora de baja por enfermedad dirija el 22 de mayo una carta a la Jefatura de personal de la empresa en la que se queja de la represión injusta y absurda a la que está sometida, alude a la existencia de diferencias salariales en sus nóminas y señala que ha puesto el asunto en manos de un determinado abogado, precisamente el que presentó la demanda de resolución contractual, de ello se desprende que esos incumplimientos empresariales referidos al mes de julio están en íntima relación con la propia postura de la trabajadora, que ya de antemano, como se desprende de la carta aludida, estaba decidida a iniciar una acción resolutoria, por ello esa modificación sustancial, en el supuesto de que así se entendiese, quedaría claramente degradada en cuanto la actora participa de la situación con su negativa actitud. No deja de ser significativo que refiriéndose la trabajadora en dicha carta a la "represión injusta" de que es objeto, sin embargo no precisa actuación concreta alguna de la Empresa reveladora de la misma y en cambio centra sus motivos de resolución en el período de tiempo que media entre su reincorporación al trabajo y la demanda conciliatoria, pues resulta evidente que con posterioridad a esta -24 de julio- no cabe exigir que la Empresa trate de restablecer una posible normalidad laboral, sino que permanezca a la espera del resultado del proceso iniciado.

Pero ha de señalarse además que el conjunto de variaciones en la prestación de servicios de la actora podrían considerarse modificaciones sustanciales de su relación laboral, si ésta fuese precisamente de alta dirección, pues evidentemente están dirigidas a las facultades que ostentaba de dirección o de confianza, pero ni sus específicas funciones a las que después se aludirá, ni la responsabilidad directa que tenía atribuida en la presentación y ejecución de las colecciones de moda, constituyen elementos inamovibles de su relación de trabajo por lo que pueden ser objeto de modificación por parte de la empresa, siempre que se respete su categoría laboral, las funciones propias de la misma y sus retribuciones. Por ello no constituye modificación esencial el que no sea responsable de una determinada colección de moda, o el que no se le asignen viajes al extranjero por razón de las referidas colecciones o que la empresa

nombre terceras personas en el Departamento de diseño con superioridad jerárquica sobre la demandante. Como ha señalado el Tribunal Supremo no constituye modificación sustancial de las condiciones de trabajo que dé lugar a la aplicación del art. 50.a) del E.T. la pérdida de cargos de confianza que no suponga relegación del trabajador al desarrollo de funciones inferiores a las de su categoría o la no designación del trabajador para un puesto de responsabilidad de una empresa (SS de 19 de septiembre de 1988 y 19 de marzo de 1991).

Por último ha de tomarse en cuenta otro factor que influye sobre la situación de autos, en primer lugar que no nos hallamos ante un supuesto de falta de ocupación total del trabajador o de la asignación de trabajo de categoría absolutamente inferior a la que ostenta y en segundo que el corto espacio de tiempo en que se produjo la pretendida alteración contractual, aproximadamente un mes, no puede desconectarse de la situación personal de la propia demandante, incorporación al trabajo después de una larga baja por depresión y coincidencia de la misma con el pleno desarrollo de determinadas colecciones de moda en las que ya no había intervenido la interesada sino otros diseñadores.

QUINTO.- Partiendo de lo ya sentado habrá de llegarse asimismo a la conclusión de que no concurre en el supuesto debatido la culpabilidad empresarial en el sentido que precisa la jurisprudencia, que últimamente se inclina por la exigencia de que la conducta empresarial sea además de grave imputable a título de dolo o culpa, para lo cual se valoran los motivos que aquél puede aducir para justificar las medidas adoptadas, al respecto los datos fácticos anteriormente señalados referidos a la situación personal de la trabajadora y a las circunstancias de la producción en el momento que se produce su reincorporación al trabajo, explican, aunque no justifiquen plenamente, esa especial situación creada transitoriamente, y por contra para que exista esa culpabilidad empresarial es preciso, no sólo la voluntad del empleador, que lógicamente está presente en todas las decisiones que produzcan modificaciones de la situación laboral de la trabajadora, sino un plus de peligrosidad que justifique la extinción contractual, ya que ésta se basa en una norma que no es susceptible de interpretación extensiva, así la Sentencia del T.S. de 9 de abril de 1990 señala que la pérdida de un cargo de confianza no constituye arbitrariedad de la empresa, en el mismo sentido se pronuncia el propio Tribunal en las de 4 de diciembre de 1990, 24 de mayo y 7 de junio de 1991, más allá todavía el propio Tribunal señala en la Sentencia de 3 de octubre de 1989 que el precepto está pensado cuando se recurre a la movilidad, en el supuesto de autos, a la variación de

funciones, con ánimo de causar daño al trabajador, con intención de provocar su desvinculación de la empresa o en perjuicio de sus intereses.

Resulta evidente que descartada como ha quedado la existencia de causa resolutoria por la actividad de la empresa, con anterioridad a la baja por enfermedad de la trabajadora, para nada se concreta ni por la interesada ni por la sentencia de instancia cuáles han sido las presuntas actividades que modificasen sustancialmente sus condiciones de trabajo y atentasen contra su dignidad personal o su formación profesional, quedando reducida la cuestión al período posterior a su reincorporación, como se señaló con anterioridad, es evidente que no existe base suficiente para sostener que concurren todos los requisitos que exige el precepto que se denuncia como infringido para dar lugar a la resolución contractual, por ello la sentencia que así lo acuerda no se ajusta a derecho y ha de ser revocada.

Fallamos

Que debemos estimar y estimamos el recurso de Suplicación interpuesto por la empresa "V., S.A." contra la sentencia del Juzgado de lo Social número Cuatro de La Coruña, de veintitrés de octubre de mil novecientos noventa y ocho, revocándola y desestimando la demanda formulada contra la misma por doña M.V.L.P., absolviéndose a la empresa de la reclamación.

2618 RECURSO Nº 863/96

S. S.

CONTRATACIÓN TEMPORAL FRAUDULENTA POR ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, QUE PROVOCA A PROCEDENCIA DA ACCIÓN DECLARATIVA SOBRE INDEFINICIÓN DO CONTRATO DE TRABALLO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Manuel Mariño Cotelo

A Coruña, a tres de marzo de mil novecientos noventa y nueve.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia,

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 863/96 interpuesto por INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña P.D.R. en reclamación de FIJEZA EN PLANTILLA siendo demandado INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 885/95 sentencia con fecha diez de enero de mil novecientos noventa y seis por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “**PRIMERO.**- La actora doña P.D.R., comenzó a prestar servicios por cuenta del Instituto Nacional de Empleo con carácter laboral el 6 de noviembre de 1989, con la categoría profesional de Grado Medio y un salario de 191.400.- ptas., brutas mensuales -incluida prorrata de pagas extra-, estando adscrita a la Oficina de Empleo de... hasta el 20 de junio de 1993 y desde el 21 de junio de 1993 en la Oficina de Empleo de...- **SEGUNDO.**- La actora en el momento de su ingreso suscribió un contrato de trabajo temporal de fomento de empleo, celebrado al amparo del Real Decreto 1.989/1984 de duración determinada de seis meses, que fue objeto de prórrogas sucesivas hasta su duración máxima legal, es decir, tres años. Un día antes de su finalización, y sin efectuarse ninguna liquidación ni indemnización de ese primer contrato, suscribió en fecha 5 de noviembre de 1992 un contrato laboral por obra o servicio determinado.- **TERCERO.**- La actora desde que entró a prestar servicios para el Instituto Nacional de Empleo en fecha 6 de noviembre de 1989, ha venido desempeñando las siguientes funciones, primero en la Oficina e Empleo de... y desde el 21 de junio de 1993 en la Oficina de Empleo de...: -entrevistas a los desempleados para su inscripción como demandantes de empleo y posterior mecanización. - Registro de contratos, recepción de documentación y asistencia al público en general.- **CUARTO.**- Formulada reclamación previa en fecha 23 de octubre de 1995, la actora presentó demanda ante el Juzgado de lo Social -Decano- en fecha 11 de diciembre de 1995”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “**FALLO:** Que estimando la demanda formulada por doña P.D.R. contra EL INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO, debo declarar y declaro que la relación laboral que une a la actora con el Organismo demandado es de carácter indefinido”.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandada no siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO. Contra la sentencia de instancia, se alza el Instituto Nacional de Empleo y, con amparo procesal correcto, articula, en un primer motivo, la revisión del ordinal tercero en base al documento obrante al folio 36 de autos; como segundo motivo, en sede jurídica, denuncia la infracción, por aplicación indebida, del artículo 15.3 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el artículo 6.4 del Código Civil, así como violación por inaplicación del artículo 23.2 y 103 de la Constitución Española.

SEGUNDO. No ha de prosperar la revisión fáctica solicitada por la entidad demandada, pues, aún teniendo como base la documental del folio 36 no se evidencia error en la valoración de la prueba llevada a cabo por el Juzgador de instancia por más que, consistiendo dicho documento en el certificado emitido por el Subdirector de Gestión Económica y Servicios del Instituto Nacional de Empleo de..., se hace mención de las funciones para cuya realización fue contratada la actora, pero ello no desvirtúa la apreciación que sobre el referido aspecto llevó a cabo el Juez plasmándola en el combatido ordinal tercero que habrá de mantenerse en su redacción original.

TERCERO. En lo que concierne a la censura jurídica cabe recordar que esta propia Sala en reiteradas sentencias -entre otras las de 24.06.94; 02.04.96 y 20.11.96- ha mantenido que la complejidad que plantea la contratación temporal por parte de las Administraciones Públicas, obedece a que en la misma concurren ordenamientos jurídicos diversos (el laboral y el administrativo) que obedecen a principios que incluso llegan a ser contrapuestos y cuya interpretación integradora no siempre resulta fácil. Con ello es claro que se justifica una línea jurisprudencial no siempre coincidente pero en la que parecen consolidarse determinados planteamientos y entre ellos los siguientes: a) con carácter general puede afirmarse que cuando las Administraciones Públicas actúan como empresarios (en el sentido a que se refiere el art. 1.2 E.T.) y celebran contratos temporales, el principio de legalidad establecido por el art. 9.1 CE les lleva a sujetarse a la normativa general, coyuntural o sectorial, debiendo someterse -con el mayor rigor posible- a las específicas normas reguladoras del contrato de trabajo y que su

especial posición respecto a la selección del personal a su servicio no puede legitimar, siempre y en todo caso, una inercia en los mecanismos propios de selección que justifique el uso anormal y antirreglamentario de fórmulas sustitutorias de contratación laboral en manifiesto quebrantamiento de la normativa reguladora de esta última y en notorio perjuicio de las personas que acceden a tal forma de vinculación jurídica; b) a la par la Admón. Pública se halla sujeta en materia de selección de su personal a los principios de igualdad, mérito y capacidad (arts. 14 y 103 CE) y a la preceptiva oferta pública de empleo mediante la oportuna convocatoria a través de los sistemas de concurso, oposición o concurso-oposición, (art. 9 Ley 30/84 de la función pública), lo que lleva a que no sea dable presumir el fraude en su actuación seleccionadora y contratación cuando las Instituciones y Entidades de las diversas administraciones utilizan los instrumentos legales para subvenir al desempeño temporal de vacantes; c) las posibles irregularidades que afecten a la referida contratación de personal a su servicio no necesariamente determinan la atribución con carácter indefinido de un contrato de trabajo, no bastando con que concorra una simple inobservancia de alguna de las fundamentales del contrato, del término o de los requisitos aplicable a las prórrogas, sino que es preciso que se incurra en un defecto esencial que lleve a hacer subsistir la relación laboral más allá del tiempo pactado.

CUARTO. Tampoco cabe olvidar que mantuvo el criterio, expresado en sentencias de 02.04.96 y 20.11.96 relativo a que: “Las sts del T.S. de 07.10.92, 16.02.93 y 25.01.94 manifiestan al respecto que el hecho de que las actividades encomendadas al demandante con ocasión del primer contrato fueran coincidentes con las que desarrolló a través del segundo no perjudica a la validez de aquél ni manifiesta acción fraudulenta por el I.N.E.M., añadiendo que “el fraude de ley es algo más que la simple omisión de determinadas formalidades en la constitución de la relación jurídica y requiere la voluntad de eludir un mandato imperativo, por lo que los defectos en la contratación no conllevan la aplicación del art. 6 del Código Civil sino tan solo en el supuesto de que resulten demostrativos de la voluntad de obtener un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico”.

No es aplicable tal doctrina al caso enjuiciado siendo de recordar que la demandante fue contratada con un contrato temporal para fomento de empleo en fecha 6 de noviembre de 1989 al amparo del R.D. 1.989/94 de duración determinada de 6 meses que fue objeto de prórrogas sucesivas hasta su duración máxima legal y que el día 5 de noviembre de 1992 se le realizó contrato para obra o servicio determinado “consistente en la

elaboración del estudio necesario para valorar los resultados de la formación ocupacional, en relación con los niveles de empleo y desempleo de los colectivos profesionales y zonas que se determinen”; pese a ello como refleja el inalterado ordinal tercero, la actora desde que entró a prestar servicios para el I.N.E.M. desempeñó las funciones de entrevistas a los desempleados para su inscripción como demandantes de empleo y posterior mecanización, registro de contratos, recepción de documentación, y asistencia al público en general.

En atención a lo antedicho y a la doctrina jurisprudencial recogida en las sts. del TS. entre otras de 30.12.96 y 10.12.96 donde se expresa que el válido acogimiento a la moralidad contractual que autoriza el art. 15.1.d) del ET no sólo requiere que la obra o servicio que constituya su objeto sea de duración incierta y presente autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad normal de la empresa, sino además, que, al ser concertado, sea suficientemente identificada la obra o el servicio y que en el desarrollo de la relación laboral, el trabajador sea ocupado en la ejecución de aquélla o el cumplimiento de éste y no normalmente en tareas distintas, y que el citado precepto no es válida cobertura cuando en su desarrollo “no se encomendó a los trabajadores tareas correspondientes a obra o servicio que requieran sustantividad y autonomía propias, dentro de lo que constituye la actividad normal del I.N.E.M., pues las realizadas, tanto durante el tiempo que abarcó la duración del primer contrato, como en el transcurrido en el desarrollo del segundo, concertado con forzado amparo en el art. 15.1.a) del ET. dichas tareas fueron las mismas, siempre ajena a las fijadas en éste y dirigidas a actividades carentes de las notas referidas, sin que por último se hubiese perseguido con el mismo la cobertura provisional de plazas vacantes, lo que excluye reconducir la causa de la temporalidad a la que sirve la figura de la interinidad”, de manera que “las relaciones laborales traídas al proceso devinieron en por tiempo indefinido, teniendo en cuenta que en su última etapa mediaban contratos de trabajo temporales de carácter causal, sin concurrir la que fue invocada por justificar dicha temporalidad ni cualquier otra que encontrara amparo en el ordenamiento jurídico, al cual, pese al carácter público de la entidad demandada, ésta se halla sometida”.

QUINTO. La aplicación de la antedicha doctrina al caso enjuiciado conlleva la desestimación del recurso articulado por el I.N.E.M. y la consiguiente confirmación de la sentencia de instancia, en la que el juez “a quo” declaró que la relación laboral que

unía a la actora con el Organismo demandado, es de carácter indefinido.

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Ourense, en fecha diez de enero de mil novecientos noventa y seis, en proceso, promovido por doña P.D.R. frente la Organismo recurrente sobre FIJEZA EN PLANTILLA, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

2619 RECURSO Nº 1.019/96

S.S.

RESPONSABILIDADE DA MUTUA EN ORDEN ÁS PRESTACIÓNS DE VIUVEZ E ORFANDADE, DERIVADAS DE ACCIDENTE DE TRABALLO, EN CASO DE ALTA CURSADA POLA EMPRESA O MESMO DÍA DO ACCIDENTE.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José María Cabanas Gancedo

A Coruña, a tres de marzo de mil novecientos noventa y nueve.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia,

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 1.019/96, interpuesto por doña M.J.P.P. y la "M.G.A.T.", contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Santiago de Compostela.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña M.J.P.P. en reclamación de prestación por viudedad y orfandad, siendo demandado el Instituto Nacional de la Seguridad social, la Tesorería General de la Seguridad Social, la "M.G.A.T." y "C.C., S.L.", en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 745/94 sentencia con fecha 26 de mayo de 1995,

por el Juzgado de referencia, que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "**PRIMERO.-** Que don J.C.B., esposo de la actora, falleció en un accidente de tráfico, ocurrido sobre las 12,20 horas del día 4 de octubre de 1993, cuando conducía un camión trailer con remolque de carga, propiedad de la empresa codemandada "C.C., S.L.", yendo en dirección a... recoger material (arena).- **SEGUNDO.-** Que el causante de las pensiones reclamadas, trabajaba como conductor para la empresa "C.C., S.L." transportando arena desde las proximidades de... a una planta arenera propiedad de la empresa, desde dos o tres meses antes a la fecha del accidente, habiendo sido dado de alta en la Seguridad Social el mismo día en que sucedió con efectos desde el día anterior, 3 de octubre de 1993.- **TERCERO.-** Que el salario anual para 1993 establecido en Convenio Colectivo para la Categoría Profesional correspondiente al causante, ascendía a 1.519.552 pesetas, habiendo cotizado la empresa codemandada por una base de cotización de 8.700 pesetas por los dos días en que estuvo en alta.- **CUARTO.-** Que la empresa "C.C., S.L." tiene suscrita con la "M.G.A.T." el correspondiente documento de asociación, figurando al descubierto en el pago de cuotas desde el mes de junio de 1992.- **QUINTO.-** Que la "M.G.A.T.", el 27.11.93 adoptó el acuerdo de rehusar el siniestro mortal sufrido por el esposo de la actora.- **SEXTO.-** Que con fecha 18 de mayo de 1994 solicitó pensión de viudedad y orfandad, que le fueron otorgadas por accidente no laboral, por resolución del INSS de 29 de julio de 1994, en cuantía mensual del 45 y 20% de una base reguladora de 66.885 pesetas.- **SÉPTIMO.-** Interpuso reclamación previa el 13 de septiembre de 1994 que no consta resuelta".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando la demanda promovida por doña M.J.P.P., contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la "M.G.A.T." y "C.C., S.L.", en reclamación de prestaciones de viudedad y orfandad, debía declarar y declaro el derecho de la actora a lucrarlas por la contingencia de accidente de trabajo, conforme a una base reguladora de un -millón quinientas ochenta y siete mil setecientas cincuenta pesetas (1.587.750 ptas.) anuales, condenando a la "M.G.A.T." al anticipo de su importe, sin perjuicio de la responsabilidad principal de "C.C., S.L.", a quien expresamente se condena al abono de las prestaciones, condenando asimismo al INSS y a la TGSS como responsables subsidiarios, en los

límites legalmente establecidos, pudiendo en su caso la Mutua repetir contra unos y otros”.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante y codemandada Mutua, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Ante la sentencia de instancia –que, con estimación de la demanda, declaró el derecho de la actora a lucrar las prestaciones de viudedad y orfandad, por la contingencia de accidente de trabajo, conforme a una base reguladora de 1.587.750 pesetas anuales; y condenó a la Mutua codemandada al anticipo de su importe, sin perjuicio de la responsabilidad principal de la Empresa, también codemandada, a quien expresamente se condena al abono de las prestaciones; y con condena, asimismo, del INSS y de la TGSS, como responsables subsidiarios, en los límites legalmente establecidos; pudiendo, en su caso, la Mutua, repercutir contra unos y otros–; formulan recurso de Suplicación, por una parte, la actora, por la vía, en primer lugar, del apartado c) del artículo 191 del TRLPL, denunciando infracción, por violación, del artículo 24.1 de la Constitución; en segundo, por la del apartado b) del mismo precepto, a fin de que, el hecho probado segundo de la sentencia, se redacte en el sentido de “que el causante de las prestaciones reclamadas..., prestaba servicios para la empresa..., desde el 4 de octubre de 1993, como Oficial de 1^a-conductor, mediante contrato temporal de fomento de empleo del RD 1.989/1984, siendo dado de alta en la Seguridad Social el 04.10.93”; y, en tercero, por el del c) de igual precepto, denunciando infracción, por interpretación errónea, del artículo 126 del TRLGSS; y, por otra, la Mutua codemandada, por el cauce, en primer lugar, del apartado c) del artículo 191 del TRLPL, alegando infracción del artículo 17.2 de la Orden Ministerial de 28 de diciembre de 1996; y, en segundo, por idéntico cauce, denunciando infracción del artículo 73 del TRLGSS de 1974.

SEGUNDO.- No son aceptables ninguno de los motivos de recurso, planteados por la actora, ya que: a) la pretensión de que se declaren nulas de pleno derecho las pruebas de testigos y la cinta de vídeo de la “M.G.A.T.”, que se formula con el primero, aparte de estar incorrectamente planteada –ya que debería haberse utilizado, en su caso, el cauce del apartado a) del artículo 191 del TRLPL, que determina que tendrá por objeto reponer los autos al estado en que se encontraban en el momento de haberse infringido normas o garantías del procedimiento que hayan producido

indefensión; y no el del c) del mismo precepto, referente a examinar las infracciones de las normas sustantivas o de la jurisprudencia-, no se estima fundada, porque, ni se justifica adecuadamente que hubieren existido las irregularidades, que se denuncian, en la práctica de las pruebas, que se citan; ni, en todo caso, se aprecia que, en el supuesto de haber existido, la demandante hubiere quedado indefensa, en el grado necesario, para poder aceptar el motivo; b) es improcedente la revisión fáctica, que se solicita con el segundo, porque la novedad que, con él se pretende introducir –que el causante de las prestaciones reclamadas prestaba servicios para la empresa desde el 4 de octubre de 1993 (que es, precisamente, la fecha del accidente, que le costó la vida)–, no aparece acreditado mediante la prueba documental que menciona; y c) no existe la infracción del artículo 126 del TRLGSS, que se denuncia con el tercero, porque su apreciación de que la Mutua debe responder, de forma principal, directa y absoluta, es, a la vista de lo que se dispone en dicho precepto y en los artículos 94 a 96 de la Ley de la Seguridad Social de 1966, que deben entenderse vigentes, al no haberse dictado las normas reglamentarias previstas en aquel precepto, y dado lo establecido en la Disposición Transitoria 2^a del Decreto 1.645/1972, de 23 de junio, dictado en desarrollo de la Ley 24/1972, de 21 de junio-, errónea.

TERCERO.- Se pretende, con el primer motivo del recurso, que se plantea por la “M.G.A.T.”, que se la absuelva de los pedimentos de la demanda, porque entiende que, al no haber procedido la Empresa a dar de alta al trabajador en el plazo de cinco días, establecido en la O.M. de 28 de diciembre de 1966, ninguna responsabilidad podía alcanzarla, con relación a lo ocurrido el 4 de octubre de 1993; y que, a mayor abundamiento, la empresa se encuentra al descubierto en el pago de sus cotizaciones desde el año 1992; pero el motivo no puede prosperar porque, por una parte, es doctrina jurisprudencial reiterada, surgida al aplicar lo dispuesto en los artículos 94, 95 y 96 de la Ley General de la Seguridad Social de 1966 –que siguen vigentes al continuar pendiente el desarrollo reglamentario, previsto en la Disposición Transitoria 2^a del Decreto 1.645/1972, de 23 de junio y en la Disposición Final 1^a del TRLGSS-, la referente a que la responsabilidad de la prestación corresponde al empresario, en los casos de no haber cumplido la obligación de dar de alta y de cotizar; y ello, sin que pueda concederse efectos liberatorios de tal responsabilidad al alta tardía y posterior (sentencias del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1983, 21 de abril de 1986, 29 de septiembre de 1988, 13 de diciembre de 1995, etc); y, por otra, también lo es la referente a que el descubierto del hecho causante, no es razón suficiente para

exonerar a la Entidad Aseguradora, pues ello supondría la existencia de un contrato de seguro sólo en lo que favorecería a una de las partes (sentencias del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1985, 9 de julio de 1987, 27 de febrero de 1996, etc.)

CUARTO.- Plantea la Mutua codemandada, con el segundo motivo del recurso, el tema de si es correcta o no la decisión del Juzgador de Instancia, de establecer, como base de cotización la cantidad de 4.350 pesetas día; ya que estima que esta suma, cuya señalización llevó aquél a cabo, a la vista de lo que certificó la empresa al efecto, debería ser sustituida, ante la falta de otros datos, por lo que se señala al respecto por la Inspección de Trabajo (2.100 pesetas día), o por lo que resulta del Convenio aplicable (3.632 pesetas día); y la Sala, considera que, en este punto concreto, si es atendible la alegación de aquélla, ya que entiende que no debe darse la importancia, que otorga el Juzgador de instancia, a la certificación de una Empresa, que, según se desprende lo actuado, y en lo que se relaciona con el tema debatido, se caracteriza por sus irregularidades y por sus incumplimientos –entre otros extremos, no dio de alta, en su momento, en la Seguridad Social al fallecido; lo hizo el día en que tuvo lugar el accidente, con efectos del anterior, no obstante venir trabajando aquél para ella desde dos o tres meses antes; y no cotizó por él cantidad alguna–; y que, ante ello, debe estarse a la cantidad, que resultaba del Convenio Colectivo aplicable, al que se da preferencia sobre la otra opción que se ofrece –lo que manifiesta la Inspección de Trabajo–, porque las circunstancias concretas del caso –y, entre ellas, la contratación del fallecido en una situación de trabajo “sumergido”, favorecedora de todo tipo de abusos–, así lo exigen.

Por lo expuesto,

Fallamos

Que, con estimación del recurso de suplicación, planteado por la “M.G.A.T.”, contra la sentencia, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de lo Social nº 2 de Santiago, en fecha 26 de mayo de 1995, y con desestimación del formulado por doña M.J.P.P.; debemos declarar y declaramos el derecho de la actora a lucrar prestaciones de viudedad y orfandad por la contingencia de accidente de trabajo, conforme a una base reguladora que se calculará sobre la suma de 3.632 pesetas día; condenando a la Empresa “C.C., S.L.” a que constituya el capital necesario para ello; a la “M.G.A.T.” al anticipo de la cantidad precisa para tal fin; y al INSS y a la TGSS como responsables subsidiarios para el caso de insolvencia de dicha empresa, en los límites legalmente establecidos;

todo ello, sin perjuicio de que la Mutua pueda, en su caso, repetir contra unos y otros.

2620 DEMANDA 1/99

S. S.

CADUCIDADE DA DEMANDA INTERPOSTA POR AUDIENCIA EN REBELDÍA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio Jesús Outeiriño Fuente

A Coruña, a tres de marzo de mil novecientos noventa y nueve.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia,

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

Vistos los presentes Autos sobre Recurso de Audiencia al Rebelde seguidos ante esta Sala de lo Social con el nº 1/99, entre las partes, como recurrente, la empresa “W.O.D., S.L.” representada por el Letrado don J.F.A., y como demandada, doña J.M.B., representada por el Letrado don P.P.C.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Con fecha 1 de febrero de 1999 tuvo entrada en esta Sala de lo Social la demanda interpuesta por don J.F.A. en representación de la empresa “W.O.D., S.L.”, contra doña J.M.B., en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando que se dictara sentencia declarando haber lugar a la audiencia al rebelde y, por tanto, la rescisión de la sentencia de instancia.

SEGUNDO.- Por providencia de fecha 1 de febrero de 1999 se admitió a trámite la audiencia y se acordó convocar a los actos de conciliación y juicio para el día 25 de febrero pasado, no consiguiéndose la primera y celebrándose el segundo, en el cual las partes demandadas se opusieron a la pretensión interpuesta y, tras la práctica de la prueba propuesta y admitida, formularon sus conclusiones definitivas quedando los autos conclusos para sentencia.

Hechos que se declaran probados:

PRIMERO.- Con fecha 3 de octubre de 1997 doña J.M.B. presentó ante el SMAC de A Coruña papeleta de conciliación por despido contra la empresa “W.O.D., S.L.”, con domicilio en..., A Coruña. El acto conciliatorio se celebró el día 15 de octubre siguiente con el resultado de “por intentado sin efecto”, al no haber comparecido la empresa, haciéndose constar en el acta correspondiente que dicha empresa constaba citada en legal forma.

SEGUNDO.- En fecha 20 de octubre de 1997, la referida accionante -ahora demandada- interpuso demanda de despido contra la empresa “W.O.D., S.L.”, haciendo constar que la misma había de ser citada en aludido domicilio de... Admitida a trámite la demanda por el Juzgado de lo Social nº 3 de esta Capital, autos nº 869/97, se remitió para la citación de la empresa demandada carta certificada con acuse de recibo a la referida calle... Arteixo, la que fue devuelta por el Servicio de Correos con la indicación de “ausente”. Como consecuencia de ello, se dejó sin efecto el señalamiento y a medio providencia de 13 de noviembre de 1997 se acordó nueva citación de las partes por Agentes y por BOP, levantándose por el Agente Judicial, el día 28.11.97, una diligencia negativa de citación haciendo constar lo siguiente: “...en la fecha señalada me presenté en la Rúa..., en Arteixo, con el fin de citar a la empresa “W.O.D., S.L.”, y encontrando la misma cerrada pregunté a los vecinos, los que me manifiestan que dicha demandada dejó el bajo hace tiempo y no saben dato ninguno de ella; en la actualidad el local está arrendado a otra persona que no tiene que ver con la demandada. Todo esto es lo que firmo, no pudiendo hacer la citación acordada por lo expuesto”.

El 2 de diciembre de 1997 se publicó en el número 277 del Boletín Oficial de la Provincia de A Coruña, la citación a juicio de la referida empresa para el día 14 de enero de 1998, a las 10 horas.

TERCERO.- El acto de juicio se celebró en el día y hora señalados, no concurriendo la empresa; dictándose por el Juzgado de lo Social nº 3 de esta Capital, en fecha 14 de enero de 1998, sentencia por la que se declaró la improcedencia del despido de la entonces actora doña J.M.B., y se condenó a la empresa “W.O.D., S.L.”, a que a su elección, la readmitiese en su puesto de trabajo o la indemnizara en la cantidad de 114.359 ptas. con abono en todo caso de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido y hasta la notificación de dicha sentencia.

En fecha 2 de febrero de 1998 se procedió a la publicación en el B.O.P. de A Coruña (nº 26) de la citada sentencia, a efectos de su notificación a la empresa “W.O.D., S.L.”

CUARTO.- En 28 de enero de 1998 doña J.M.B. instó la ejecución de la sentencia dictada, publicándose en el BOP nº 43 cédula de notificación por la que se requería a la empresa “W.O.D., S.L.” para que en el plazo de cinco días procediese a la readmisión de la actora y, subsidiariamente, caso de no hacerlo, se le citaba para comparecencia el día 4 de marzo de 1998, a las 10,15 horas; fecha ésta en la que se celebró el incidente de ejecución, al que no compareció la empresa demandada, lo que motivó que, con fecha 5 de marzo de 1998, se dictase auto declarando extinguida la relación laboral que existía entre las partes, y condenando a la empresa “W.O.D., S.L.” a abonar a doña J.M.B. la cantidad de 176.494 ptas. en concepto de indemnización por despido, así como 154.569 ptas. como salarios devengados desde la fecha de la sentencia. Dicho auto fue notificado a la referida empresa a medio de su publicación el BOP de A Coruña (nº 270) de fecha 27 de marzo de 1998.

QUINTO.- Por escrito de 27 de mayo de 1998, doña J.M.B. instó la ejecución de sentencia por un principal de 331.063 ptas., interesando a medio de otros que se requiriese a las empresas “T.R.U., S.A.” y “A., S.A.” a fin de que depositasen en el Juzgado las cantidades pendientes de abonar a la empresa “W.O.D., S.L.”

SEXTO.- Con fecha 27.05.98 se dictó auto por el Juzgado de lo Social nº 3 de esta Capital por el que se dispuso que se procediese a la ejecución de la sentencia y se acordó requerir a la demandada “W.O.D., S.L.” para que hiciese efectiva la cantidad de 680.451 ptas. de principal, mas el interés legal de la misma al 7,5% anual desde la fecha de su resolución hasta su completo pago y, de no verificarlo, se procediese al embargo de sus bienes. Asimismo, en la expresada resolución se acordó requerir a la representación legal de las empresas “T.R.U., S.A.” y “A., S.A.”, a fin de que en el caso de que existiese alguna cantidad pendiente de abonar a la demandada, se retenga y ponga a disposición del Juzgado para cubrir el principal reclamado mas los intereses legales que se devenguen. Dicho auto fue también notificado a la empresa “W.O.D., S.L.” a través del BOP de A Coruña de fecha 18 de junio de 1998 (nº 138).

SÉPTIMO.- En fecha 27.01.99 la empresa “W.O.D., S.L.” comparece en la ejecución nº 69/98, procedente del juicio de despido nº 869/97, y solicita se le tenga por personada tras haber tenido conocimiento de la comunicación efectuada a la entidad “T.R.U., S.A.”, interesando, entre otras peticiones, que se tuviese por consignada la cantidad reclamada por el Juzgado con carácter

cautelar, dictándose providencia por la que se le concedía un plazo de cinco días a fin de que acreditase la interposición de la correspondiente demanda de audiencia al demandado rebelde, o la que estime por conveniente, bajo apercibimiento de hacer entrega al ejecutante de la cantidad consignada.

OCTAVO.- La empresa “W.O.D., S.L.” aparece inscrita en el Registro Mercantil de Madrid, constando en él que en 1995 se fijó el domicilio de la sociedad en la calle..., de Madrid. En todo caso, la mencionada empresa tuvo actividad, con local abierto y trabajadores a su servicio en la calle... Arteixo, A Coruña, cerrándolo según consta y fue constatado en los Autos nº 869/97 del Juzgado nº 3 de A Coruña.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Los hechos que se declaran probados se desprenden de las actuaciones llevadas a cabo por el Juzgado de lo Social nº 3 de esta Capital en los Autos nº 869/97, estando incluso reflejados en la propia demanda de audiencia al rebelde promovida por la empresa “W.O.D. S.L.”. Por otro lado, sirve de complemento al efecto la certificación del Registrador Mercantil de Madrid aportada por dicha empresa en unión de la solicitud de audiencia en rebeldía.

A partir de los hechos así declarados procede el examen de la pretensión de demanda frente a la actora doña J.M.B. en los ya referidos autos nº 869/97; la cual se ha opuesto a la misma argumentando “caducidad” por haber sido promovida la Audiencia más allá del plazo de los tres meses previsto en el art. 183.3º LPL.; y en todo caso que el Juzgado cumplió con las exigencias legales, pues intentó notificar y citar en el domicilio conocido de la empresa, habiendo sido ésta quien se colocó en real situación de “ilocalizable” con un cierre repentino del centro de trabajo, abandonando a los trabajadores y pretendiendo ahora eludir así sus responsabilidades.

Frente a la referida excepción, la defensa de la empresa promovente opone que la caducidad no puede operar al existir nulidad de pleno derecho del procedimiento por no haber sido citada a juicio en legal forma, dado que la notificación efectuada por el Agente judicial es -a su juicio- nula de pleno derecho por falta de los requisitos previstos en el art. 58 y siguientes de la LPL.

SEGUNDO.- Sobre las anteriores premisas, el Tribunal estima que procede acoger la invocada excepción de caducidad, con el consiguiente rechazo de la audiencia postulada por la empresa

“W.O.D., S.L.”, en base a las siguientes consideraciones:

1.- En primer término, el art. 183 de la LPL regula la audiencia al demandado rebelde remitiéndose a las normas contenidas en el título IV, libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil con las especialidades que señala, entre ellas, la de que “el plazo para solicitar la audiencia será de 3 meses desde la publicación de la sentencia en el B.O. correspondiente en los supuestos y condiciones previstos en el art. 785 L.E. Civil”; plazo éste que según reiterada doctrina jurisprudencial (STS de 23/9 y 26/6/97, Ar. 6.578 y 4.948, respectivamente) tiene carácter preclusivo a tenor de los arts. 306 de la LEC y 43.3 LPL, constituyendo una garantía de seguridad jurídica esencial que no puede ampliarse ni suspenderse a conveniencia más o menos justificada de la parte.

2.- En segundo término, la actividad procesal llevada a cabo por el Juzgado nº 3 de esta Capital respecto de la empresa demandada, en el juicio por despido nº 869/97, debe reputarse adecuada en función de los datos que constaban a dicho Juzgado, el conocimiento con que aparecía contando la actora y la conducta empresarial de la sociedad demandada -la empresa “W.O.D., S.L.”- quien aparecía en el referido proceso con actividad real y centro de trabajo en... A Coruña, en donde habría contraído las responsabilidades laborales que reclamaba la actora y en donde constaba como citada por el SMAC a efectos de la conciliación previa. Frustrada la citación a juicio por correo, el juzgado constató el cierre del centro de trabajo y la conducta de la empresa de no dejar indicación alguna para su localización, de tal modo que no constaba ningún domicilio al efecto a pesar de la indagación realizada en el lugar por el Agente Judicial, lo que motivó, a la vista de sus negativos resultados, que el Juzgado citase a juicio a la empresa mediante el BOP y a través de este medio le notificase posteriormente la sentencia y auto de extinción de la relación laboral dictados en el proceso.

Por ello, no puede sostenerse -como pretende la parte ahora demandante- que la mencionada actuación del Agente Judicial deba reputarse como nula de pleno derecho, ya que la diligencia por él levantada haciendo constar el cierre del bajo donde se encontraba el centro de trabajo, así como sus indagaciones a través de los vecinos con resultado negativo, evidencian que su actuación fue conforme con lo dispuesto en el art. 59 de la LPL., en cuanto dispone que “cuando una vez intentada la comunicación utilizando los medios razonables, no conste el domicilio del interesado, o se ignore su paradero, se consignará por diligencia y el Juzgado o Tribunal mandará que se haga la notificación,

citación o emplazamiento, por medio de edictos, insertando... en el Boletín Oficial correspondiente...”; siendo así que en el presente caso resultaba imposible una citación por cédula al constatarse el aludido cierre y el desconocimiento del domicilio o paradero de la empresa “W.O.D., S.L.”

Como ya señaló la sentencia de esta Sala de 27 de enero de 1999 (demanda nº 12/98), dictada precisamente en un asunto similar frente a la misma empresa, “en el caso presente se está en presencia de una entidad que con centro abierto y en actividad en... A Coruña, lleva a cabo un cierre del mismo sin atender a otro resultado que no fuera el de situarse en situación de aparente ilocalización a pesar de que su propia actuación iba a ser, con total previsibilidad, generadora de reclamaciones judiciales...”, pues el hecho de que otra trabajadora -en febrero de 1998- presentase demanda señalando su nuevo domicilio de Madrid no puede reputarse como determinante de la apreciación de una previa nulidad de actuaciones generadora de indefensión y excluyente del plazo de tres meses previsto en el art. 183. 3 de la LPL, ya que el Juzgado nº 3 de A Coruña acudió a la citación edictal solo tras intentar diligentemente averiguar otro domicilio de la empresa a través de la presencia del Agente judicial y la indagación vecinal realizada por él en... A Coruña, donde la demandada tenía su centro de trabajo y que, al no constar otra cosa, era lo racionalmente apropiado al efecto.

3.- En consecuencia, no cabe soslayar la aplicación en sus propios términos del plazo que para solicitar la audiencia dispone en el orden laboral el art. 183.3 de la L.P.L.; y que al ser de tres meses desde la publicación de la sentencia en el B.O. correspondiente, en el caso presente ha transcurrido con manifiesto exceso, pues publicada la sentencia dictada en los autos 869/97 en el B.O.P. de A Coruña del día 02.02.1998 y del Auto de extinción de la relación laboral en el B.O.P. de la misma provincia del 27.03.1998, la audiencia se presenta el día 01.02.1999. Por tanto, la misma resulta inviable habiendo quedado de derecho caducada y perdida la facultad que en momento anterior venía reconocida a la postulante para utilizarla en este trámite, al tratarse -como ya se dijo- de un plazo preclusivo que constituye una garantía de seguridad jurídica esencial, que no puede ampliarse ni suspenderse a conveniencia más o menos justificada de la parte.

Por otro lado, como señala la citada sentencia de esta Sala de 27 de enero de 1999, “las argumentaciones de la empresa en torno al plazo dicho -consciente de que ha transcurrido con exceso el legalmente previsto- no son acogibles, ya que a

partir de la previsión específica legal al efecto y de todo lo anteriormente razonado, la aplicación del plazo previsto en el art. 183 LPL resulta lo único procedente; siendo en el caso el B.O. “correspondiente” a que alude el precepto el de la provincia de A Coruña desde el momento en que la constancia existente en el proceso acerca de la empresa y de su actividad estaba vinculada a la misma y la indagación de su paradero no indicó otra cosa, todo ello en el contexto de una situación de ilocalización generada por la propia empresa a través de una actuación de cierre sin dejar noticias al efecto”. Así pues, el Juzgado nº 3 de esta Capital, en los Autos 869/97, publicó la sentencia dictada para su notificación a la empresa demandada en el B.O.P. “correspondiente”, y de manera acorde con las previsiones del art. 183 LPL el plazo de los 3 meses que dispone para solicitar la audiencia se computa desde la dicha publicación; lo cual propicia la apreciación de la invocada excepción de caducidad y la desestimación de la pretensión articulada en el proceso.

Fallamos

Que apreciando la excepción de caducidad y desestimando la pretensión de Audiencia al demandado rebelde formulada por la empresa “W.O.D., S.L.”, respecto de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de esta Capital en los autos nº 869/97, y frente a doña J.M.B., declaramos no haber lugar a la audiencia solicitada, quedando firme definitivamente la sentencia recaída en el pleito antedicho, comunicándose al Juzgado correspondiente lo oportuno a los efectos procedentes.

2621 RECURSO N° 100/99

S. S.

POSIBILIDADE DE ALEGAR EN SUPLICACIÓN, COMO DOCUMENTO NOVO, AUTO DE SOBRESEMENTO PENAL DICTADO CON POSTERIORIDADE Á SENTENCIA LABORAL DE INSTANCIA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Luis F. De Castro Fernández

A Coruña, a tres de marzo de mil novecientos noventa y nueve.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia,

En nombre del Rey

ha dictado el siguiente

AUTO

En el recurso de suplicación número 100/99 interpuesto por "M.E.A., S.L.", "P.S., S.A.", "P.S.A.C., S.L.", "C., S.A." y "P.G., S.A." contra SENTENCIA del Juzgado de lo Social nº Cuatro de Vigo dictado con fecha uno de octubre de mil novecientos noventa y ocho, en autos nº 795/95.

Antecedentes de hecho

Único.- Que en las presentes actuaciones se dictó sentencia en la instancia con fecha 1-octubre-98, y tras haberse formalizado el recurso de Suplicación en 15-diciembre-1998, la parte recurrente presenta en 25-enero-1999 escrito solicitando la suspensión de actuaciones, por seguirse causa criminal por falsificación de documentos, presentando al efecto fotocopia de Providencia de 17-diciembre-1998, admitiendo recurso de apelación contra Auto -4-diciembre-1998- que acordó el sobreseimiento de la citada querella. Y la recurrida aporta con el escrito de impugnación -presentado el 24-diciembre-98- el referido Auto, dictado por el Juzgado de Instrucción nº Uno de Vigo en precedente fecha de 4-diciembre-98, por el que se desestima recurso de Reforma interpuesto contra decisión del mismo Juzgado, en la que se acordaba el Sobreseimiento Provisional de las Diligencias tramitadas en causa a querella criminal -presunto delito de estafa- interpuesta por don P.S.M. contra doña M.C.V.M.

Razonamientos jurídicos

Único.- Son dos las cuestiones que se suscitan como previas en este trámite: la posible suspensión del curso del proceso por prejudicialidad penal y la viabilidad de incorporar el Auto de sobreseimiento de la querella.

1.- La primera de las cuestiones ha de ser resuelta en forma negativa, por cuanto que si bien la posibilidad de suspensión del curso del proceso está contemplada en la Ley (art. 86.1 LPL), ello viene establecido para la fase de instancia; y aunque en el acto de juicio se interesó la paralización del procedimiento (folio 219), lo cierto y verdad es que no fue acordado por la Magistrada actuante y la parte ni siquiera cuestionó tal decisión judicial en el recurso de Suplicación interpuesto, resultando ciertamente extemporáneo que lo haga casi mes y medio después, instando de la Sala aquello que

debió haber pretendido con adecuado motivo de Suplicación.

2.- Suerte diversa corresponde al Auto de sobreseimiento presentado por la impugnante, pues es claro que el juego de fechas anteriormente reflejado (sentencia recurrida, escrito de formalización y Auto de Sobreseimiento) justifica -sin necesidad de mayor razonamiento- la procedencia de incorporar a las actuaciones un documento que es de data posterior al acto de juicio e inmediatamente precedente a su presentación, con obvia incursión en el supuesto contemplado por el art. 506.1 LEC, al que se remite el art. 231 LEC. Pero ha de tenerse en cuenta que tal dato -el sobreseimiento dictado por el Juzgado de instrucción- es un hecho. En consecuencia,

Resuelve

Que no ha lugar a suspender el curso de las actuaciones que se solicita por la parte recurrente, y que muy contrariamente procede incorporar al presente procedimiento la fotocopia del Auto de 4-diciembre-1998, dictado por el Juzgado de Instrucción nº Uno de Vigo en las Diligencias Previas nº 2.314/98.

Se advierte a las partes que contra la presente resolución no cabe interponer recurso alguno. Así por este nuestro Auto, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

2622 RECURSO N° 472/99

S. S.

IMPROCEDENCIA DO DESPEDIMENTO POR NON PODER CUALIFICAR DE GRAVE A DESOBEDIENCIA OCORRIDA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Luis F. De Castro Fernández

A Coruña, a cuatro de marzo de mil novecientos noventa y nueve.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia,

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 472/99 interpuesto por la empresa “P.R., S.A.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Uno de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 710/98 se presentó demanda por doña S.M.D.G. en reclamación de DESPIDO siendo demandado el “P.R., S.A.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 1 de diciembre de 1998 por el Juzgado de referencia que estimó parcialmente la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “La demandante doña S.M.D.G., vino prestando sus servicios por cuenta y orden de la empresa demandada “P.R., S.A.”, dedicada a la actividad de comercio del calzado, desde el 3.noviembre.1987, con la categoría profesional de dependiente, percibiendo un salario mensual de 123.271 pesetas, incluida la prorrata de pagas extraordinarias. La prestación de servicios se inició a medio de contrato de trabajo para la formación celebrado al amparo del Real Decreto 1.992/1984, que tras sucesivas prórrogas fue denunciado el 2-noviembre-1988; finalizada dicha relación laboral la actora continuó prestando servicios para la empresa sin solución de continuidad, celebrándose posteriormente en fecha 1º de julio de 1989 un contrato de trabajo temporal como medida de fomento del empleo, celebrado al amparo del R.D. 1.989/1984, figurando en los recibos oficiales de salarios esta última fecha como antigüedad./2º.- La empresa demandada remitió a la actora comunicación escrita de cese de fecha 26 de octubre de 1998, del siguiente tenor literal: “*Muy Sra. Nuestra: Por la presente se le comunica que con efectos de la entrega de ésta, queda despedida de su puesto de trabajo, por causa de los siguientes hechos: 1º)- El día 06/08/98 retiró Ud. de la Caja la suma de 85.087 pts. para pagar al propietario del local la renta del mes y cuando éste se personó para percibir el importe, la cantidad ni estaba donde dice Ud. que la había colocado ni sobre su desaparición ha dado explicaciones mínimamente fundadas para poder deducir que no fue Ud. quien se apropió de la misma. 2º)- Pese a que se le dieron órdenes directas respecto de la necesidad de mantener abierta la tienda al público el día 21/09/98, desobedeció las órdenes y cerró la tienda durante toda la tarde de ese día para asistir a una fiesta particular.- Los hechos relatados constituyen justa causa para la extinción del contrato, por despido, por incumplimiento grave de sus deberes laborales. Sin nada mas de particular y con ruego de que se sirva firmar el recibí de la presente, le saluda atentamente...”./3º.- en relación con dichas imputaciones resultó acreditado que sobre las 19'00*

horas del día 6 de agosto, la demandante guardó en una caja de calzado situada en un sótano (bajo) existente en el comercio 85.087 ptas. que retiró de caja para pagar el alquiler del local del negocio al arrendador (misión habitualmente encomendada a la trabajadora accionante), y cuando sobre las 20'10 horas se personó en el local el propietario para cobrar su renta, la actora bajó a buscar el dinero que había guardado, comprobando que el dinero ya no se encontraba en caja, solamente la bolsa en que lo había guardado y las monedas (87 ptas.)./ En cuanto al segundo motivo, consta que el 21 de septiembre de cada año se celebra en... la romería de San Mateo, en la parroquia de..., a pesar de que dicho día no es fiesta local, la casi totalidad de los comercios cierran dicha tarde. El centro de trabajo de la actora también cerró otros años, pero el presente empresario ordenó a sus empleados que acudieran al trabajo; cosa que hicieron, pero dado que días antes había sucedido el robo del dinero antes referido, que a la actora le habían robado el bolso y que la calle permanecía desierta, ante el temor de que pudieran ser víctimas de algún delito, decidieron pasar el cerrojo a la puerta; permaneciendo los empleados en el interior del local./4º.- Días antes de producirse la apropiación dineraria del 6-agosto-98 la empresa había contratado a una empleada llamada “S.” la cual al día siguiente recibió orden de no volver al trabajo./5º.- La actora no ostenta, ni ha ostentado, en el año anterior al despido, la condición de delegado de personal o de Miembro del comité de Empresa o Delegada sindical./6º.- En fecha 4 de noviembre se presentó papeleta conciliatoria ante el S.M.A.C., celebrándose el preceptivo acto conciliatorio el día 16 del mismo mes, que concluyó “*sen avinza*”. Agotada la vía previa, se interpuso la demanda origen de los presentes autos que fue turnada a este Juzgado de lo Social, con fecha 19 de noviembre pasado.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que estimando parcialmente en su pretensión subsidiaria la demanda interpuesta por doña S.M.D.G., sobre despido, contra la Empresa “P.R., S.A.” y don J.V.J., debo declarar y declaro la improcedencia del mismo y en su consecuencia debo condenar y condeno a dicha empresa a que en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, opte entre la readmisión de la trabajadora o el abono de una indemnización de DOS MILLONES CUARENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTAS SESENTA Y CUATRO PESETAS (2.049.364 ptas.), entendiéndose que de no optar el empresario por la readmisión o por la indemnización procede la primera, y, además, al pago de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido, hasta la notificación de la sentencia y que hasta la fecha de la presente resolución y a razón de 4.109 ptas.

diarias ascienden a la suma de CIENTO CUARENTA Y SIETE MIL NOVECIENTAS VEINTICINCO PESETAS (147.925 ptas). Se absuelve a don J.V.J. por no hallarse pasivamente legitimado para soportar el peso de la acción ejercitada, dado que la prestación de servicios se efectuó para la empresa anteriormente citada".

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte DEMANDADA siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el pase de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- En su recurso frente a la sentencia de instancia, declaratoria de la improcedencia del despido, la Empresa solicita al amparo del art. 191.b) LPL:

(a).- Rectificar el ordinal primero de los HDP, en el sentido de sustituir las expresiones "vino prestando servicios", por la de "prestó sus servicios", y la de "con la categoría profesional de dependienta ", por la de "Aprendiz".

(b).- Suprimir en el mismo ordinal la frase "finalizada dicha relación laboral la actora continuó prestando servicios sin solución de continuidad", para añadir "celebrándose posteriormente en fecha 1-Julio-1989 un contrato temporal como medida de fomento de empleo con la categoría de Dependiente".

(c).- Suprimir el segundo apartado del tercero de los HDP y en su lugar redactar el siguiente: "El 21-septiembre-1998, día de San Mateo según el Santoral y no festivo en..., la actora recibió de su jefe orden directa mediante llamada telefónica desde..., en el sentido de que si bien en otros años la tienda había estado cerrada por la tarde, este año debía permanecer abierta. Sin embargo, la actora permaneció sólo dos horas en el local colocando mercancía con la puerta cerrada y luego se fue a cenar".

Y en el apartado de examen del Derecho -vía art. 191.c) LPL- se denuncia en el recurso (1º) la inaplicación del art. 54.1 y 2.b) y d) ET, y (2º) la interpretación errónea del art. 56 ET.

SEGUNDO.- No procede la variación que se propone al ordinal primero, por cuanto que (a) la indicación de que el primer contrato era de aprendizaje ya consta en la fundamentación jurídica, por lo que es superflua; (b) la utilización del tiempo pretérito pasado va claramente condicionada a la discontinuidad en los servicios; y

(c) ésta en manera alguna puede admitirse, pues no puede suprimirse la conclusión judicial respecto de que "finalizada dicha relación laboral la actora continuó prestando servicios sin solución de continuidad", habida cuenta de que ninguna de la prueba invocada al efecto (folios 23 a 27, 31 a 34, 36, 37, y 48 a 51), en manera alguna evidencian la equivocación del Juzgador, opuesta los documentos que formalmente son expresión del fraude, pues tal como tenemos indicado para supuestos semejantes (Sentencias de 23-octubre-97 R. 3.641/97, 9-mayo-97 R. 1.704/97, 30-octubre-98 R. 3.570/98, 5-noviembre-98 R. 3.899/98, y 26-noviembre-98 R. 3.809/95), es obvio que no puede invocarse como prueba desvirtuadora del fraude -por palmaria- precisamente la constituida por el documento o documentos cuya desconexión con la realidad acreditada es la que en concreto declara la sentencia de instancia; esos documentos tan solo resultan acreditativo del aspecto formal de la cuestión, constituyendo -justamente por ello- el presupuesto del fraude declarado probado, sin que -por lo mismo- pueda en forma alguna ser considerado como demostrativo de que no existe la realidad contraria y fraudulenta que ha declarado el Juzgador, tras valorar la prueba conforme a la facultad que en exclusiva le viene atribuida por el art. 97.2 LPL.

TERCERO.- Tampoco puede admitirse la tercera de las revisiones que se propone y relativa a la íntegra sustitución del ordinal tercero, por cuanto que la prueba documental que a tal efecto se invoca en el recurso (textos manuscritos por la accionante y otra dependienta, reconocidos en el acto de juicio), en manera alguna consiente suprimir las afirmaciones efectuadas por el Magistrado, y si bien los referidos escritos aportan innegables matizaciones al relato judicial, no lo es menos que la forma en que se redacta el texto alternativo no se corresponde a la realidad que los mismos explicitan y obedece a una lectura de ellos ciertamente tendenciosa (la actora no recibió llamada alguna del empresario, advirtiéndole que no cerrase, sino que fueron los empleados quienes le llamaron al objeto de confirmar el cierre del local como en los once años precedentes; la demandante no se hallaba sola en el local, sino cuando menos acompañada de otra dependienta; y tras las dos horas de trabajo, no fue a "cenar", sino que procedió a "cerrar"). Por ello, el referido HDP debe quedar complementado con la indicación de que en el día de autos los empleados llamaron al empresario a... para confirmar el cierre del local como en años precedentes y éste ordenó abrir la tienda, y que los empleados -entre ellos la actora- fueron por la tarde a trabajar durante dos horas, lo que hicieron con el pasador de la puerta cerrado.

CUARTO.- En último término es igualmente rechazable la pretendida vulneración del art. 54 ET, siendo así que ha de admitirse por obvio (STSJ Galicia 25-noviembre-1998 R. 4.263/98) que la sanción de despido, al ser la última en trascendencia y gravedad de entre las que pueden imponerse, ha de ser reservada para los supuestos de incumplimiento contractual del trabajador dotado de gravedad y culpabilidad en términos de violación trascendente de un deber de conducta (STS 4-marzo-91 Ar. 1.822), en cuya valoración no cabe emplear meros criterios objetivos, sino que han de ponderarse de manera particularizada todos los aspectos concurrentes (subjetivos y objetivos), aplicando un planteamiento que no sólo sea individualizador y por ello valorativo de las peculiaridades de cada caso concreto, teniendo en cuenta los antecedentes y circunstancias coetáneas, sino que enjuicie la infracción de manera gradualista y buscando la necesaria proporción ante la infracción y sanción; y ello partiendo de la idea cardinal de que el contrato de trabajo sujeta a las partes al mutuo deber de acomodar su comportamiento a las exigencias derivadas del principio básico de la buena fe, que es elemento normativo delimitador del contenido obligacional derivado del contrato de trabajo y que impone una conducta arreglada a pautas de lealtad, honradez, probidad y de respeto a la confianza que legítimamente el uno deposita en el otro, conforme evidencian los arts. 5.a) y 20.2 ET (SSTS 31-octubre-84 Ar. 5.360, 18-diciembre-84 Ar. 6.408, 27-febrero-87 Ar. 1.133, 2-julio-87 Ar. 5.060, 16-marzo-88 Ar. 1.950, 21-marzo-88 Ar. 2.333, 18-julio-88 Ar. 6.171, 31-octubre-88 Ar. 8.189, 16-enero-90 Ar. 128, 28-febrero-90 Ar. 1.248, 6-abril-90 Ar. 3.121, 24-septiembre-90 Ar. 7.040, 21-febrero-91 Ar. 854, 4-marzo-91 Ar. 1.822, 16-mayo-91 Ar. 4.171, 2-abril-92 Ar. 2.590, 10-diciembre-92 Ar. 10.074...).

Y la aplicación de tal doctrina al concreto caso de autos nos lleva a confirmar el criterio valorativo seguido por el Magistrado *a quo*, y a entender que los hechos no son causa justificativa del despido enjuiciado, en atención a que las circunstancias concurrentes -de todo orden y ya citadas- minoran muy sustancialmente (extremosamente, casi diríamos) la gravedad de la conducta sancionada. Como tiene señalado el Tribunal Supremo, una simple desobediencia, que no encierra una actitud de exagerada indisciplinada, que no se traduzca en un perjuicio sensible para la Empresa o en la que concurre una causa incompleta de justificación, no sentencia favorable en materia de fijación de vacaciones, hasta el punto de que la Sala considera represaliante la orden de abrir el local la tarde de San Marcos (conclusión que -pese a ello- no se extiende al despido).

puede ser sancionada con la extinción del contrato de trabajo" (STS 5-marzo-1987 Ar. 1.336). Y en esta línea:

(a).- los empleados venían disfrutando como libre la tarde de San Marcos desde hacía once años -como la generalidad del comercio en...-, con lo que incluso es perfectamente sostenible que nos hallamos ante una condición más beneficiosa adquirida, de obligado respeto para la Empresa, siquiera haya de admitirse -es constante la doctrina jurisprudencial al respecto- que el trabajador no puede convertirse en definidor de su propio derecho, y aunque ciertamente no toda orden del empresario -a pesar de su presunción de legitimidad- ha de ser por necesidad acatada, ya que no es acorde a la sensibilidad actual una estricta aplicación del principio "cumple y reclama", por cuanto que "...las manifestaciones de "feudalismo industrial" repugnan al Estado social y democrático de derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza..." (STC 88/1985, de 19-julio), de manera que resulta perfectamente admisible un *ius resistentiae* frente a órdenes que exceden del regular ejercicio de las facultades directivas a que alude el art. 5 ET para configurar el deber de obediencia, o cuando tales órdenes se presentan abiertamente ilegítimas u objetivamente constitutivas de abuso de derecho, arbitrarias o discriminatorias, y por supuesto cuando conlleven una situación de la que pueda derivarse un perjuicio o grave daño para la integridad o dignidad de la persona (a título de mero ejemplo, las SSTS de 20-marzo-90 Ar. 2.182, 5-junio-90 Ar. 5.018, 29-junio-90 Ar. 5.543, 5-noviembre-90 Ar. 8.547, 16-marzo-91 Ar. 1.864 y 25-abril-91 Ar. 3.387; SSTSJ Galicia 27-mayo-1992 R. 1.951/92 y 9-mayo-1995 AS 1.893), no cabe duda alguna que el supuesto enjuiciado no tiene encaje en tales excepciones al principio de obediencia.

(b).- de todas formas, la decisión empresarial -rompiendo el precedente de la Empresa y la tónica general de la localidad- no solamente es muy cuestionable desde el punto de vista de la referida condición más beneficiosa (extremo que las partes no han suscitado), sino que no parece escrupulosamente acorde a la citada buena fe que es exigible en el marco de la relación contractual, e incluso no parece desligada a la circunstancia de que la trabajadora hubiese previamente denunciado infractoización empresarial ante la Inspección de Trabajo y que igualmente hubiese obtenido (c).- en último término ha de destacarse que el incumplimiento de la orden dada y que propiciaron los propios empleados al llamar telefónicamente al empresario para confirmar el precedente de cerrar los años anteriores, no fue íntegro, puesto que trabajaron durante dos horas en el local, y que

necesariamente han de pesar en la valoración de la conducta los componentes subjetivos que las empleadas -dos mujeres- señalan en sus respectivos documentos sobre reconocimiento de los hechos y que el Juzgador *a quo* tiene por acreditados: el hurto padecido en el local de la empresa, el robo del bolso a la actora, la tormenta y la soledad de la zona, que determinaron -por miedo- a cerrar antes de la hora habitual.

QUINTO.- Muy contrariamente se admite la vulneración del art. 56 ET, pues si el salario mensual declarado probado es de 123.271 pts (4.109 pts al día), si la antigüedad es de 3-noviembre-87 y el despido tuvo lugar en 26-octubre-1998, los servicios a indemnizar son once

2623 RECURSO N° 284/99

S. S.

DETERMINACIÓN DAS MODIFICACIÓNS SUSTANCIAIS DE CONDICIÓNNS DE TRABALLO SUSCEPTIBLES DE SEREN IMPUGNADAS POLA VÍA DE CONFLICTO COLECTIVO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Adolfo Fernández Facorro

A Coruña, a cinco de marzo de mil novecientos noventa y nueve.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia,

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación n.º 284/99, interpuesto por "A., S.A.", contra la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 5 de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña M.T.F.F., doña E.N.S. y doña M.E.R.V. en reclamación de conflicto colectivo, siendo demandado empresa "A., S.A.", en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos n.º 584/98 sentencia con fecha 9 de noviembre de 1998, por el Juzgado de referencia, que estimó la demanda.

años (por elemental redondeo) y la indemnización resultante es la pretendida en el recurso, de 2.033.955 ptas. En consecuencia,

Fallamos

Que estimando parcialmente el recurso interpuesto por "P.R., S.A.", revocamos en parte la sentencia que con fecha 1-diciembre-1998 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº Uno de los de Lugo, y declaramos que el importe de la indemnización es de dos millones treinta y tres mil novecientas cincuenta y cinco pesetas (2.033.955 pts), y mantenemos los restantes pronunciamientos de la decisión recurrida, efectuados a instancia de doña S.M.D.G.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1º.- Doña M.T.F.F., D.N.I. número..., doña M.E.R.V., delegadas sindicales, plantean demanda de Conflicto Colectivo, por las secciones sindicales de "A., S.A." en el Centro de Trabajo C/..., Vigo.- 2º.- En el año 1989 se acuerda establecer la estructura de cajas reconociéndose en el apartado 1.3.b) con el título: "Horarios para la estructura básica de tiempo parcial".- b.1.- "Podrán establecerse hasta un máximo de cinco horarios distintos por cada turno básico de referencia" .- "Estos horarios se acordarán con el Comité de empresa de cada centro". - b.2.- "Así a modo de ejemplo, con un ciclo de diez semanas, en los que los 5 horarios de mañana, los denominados MI, M2, M3, M4 y M5, y los 5 horarios de tarde TI, T2, T3, T4 y T5...".- Efectivamente el Comité de Empresa y la Dirección de la misma estableció una estructura de horario para las cajeras que prestan servicios a tiempo parcial, estructura que viene predeterminada por el contenido del Acuerdo del año 1992, quedando establecida una jornada de lunes a sábado, con el siguiente horario:

T1 – de 15,00 a 20,00 horas
T2 – de 16,00 a 21,00 horas
T3 – de 17,00 a 22,15 horas

Los sábados era de 10,30 a 16,30 y de 15,30 a 21,30 horas.

El horario de verano era de lunes a viernes:

T1 – de 15,30 a 21,00 horas
T2 - de 16,00 a 21,45 horas
T3 – de 17,30 a 22,15 horas

Los sábados era de 15,15 a 21,30 horas.

Dicho horario es para las trabajadoras que prestan una jornada parcial de cinco horas.

El horario para las trabajadoras que prestan servicios durante cuatro horas es el siguiente:

Mañana:

M1 – de 10,15 a 14,15 horas
M2 - de 11,45 a 15,45 horas

Tarde:

T1 – de 16,00 a 20,00 horas
T2 – de 18,15 a 22,15 horas

Las trabajadoras de cinco horas pasan a tener el siguiente horario:

T1 del sábado de 15,45 a 21,45
M3 – de 10,00 a 16,00 horas

Además el M2 (Invierno), es decir, de 10,15 a 14,15 horas, tienen veinte minutos de reposo, suprimiéndose el mismo a partir de la modificación.- Trabajadoras que prestan servicios a tiempo parcial, con una jornada de cuatro horas:

M2 – de 12,30 a 16,30 horas
T1 – de 18,15 a 22,15 horas

La modificación de las condiciones de trabajo en cuanto al horario de las trabajadoras con la categoría de Cajeras, a jornada parcial, de cuatro y cinco horas son las que se plasman en este hecho.- 3º.- El Comité de Empresa hizo varias propuestas, una el 13.08.98, del modo siguiente:

M1 – de 10,00 a 14,15 horas (sin reposo)
M2 – de 10,45 a 16,00 horas (con reposo)
T1 – de 15,45 a 21,00 horas (con reposo)
T2 – de 17,00 a 22,15 horas (con reposo)

Rotación de los horarios M1, T1, M2, T2.- Descansos: Día libre rotativo de lunes a sábado ambos inclusive.- Y otra el 13.09.98, con la propuesta:

M1 – de 10,15 a 14,15 horas
M2 – de 11,30 a 16,15 horas (con reposo)
T1 – de 17,15 a 21,15 horas
T2 – de 18,15 a 22,15 horas

4º.- La Empresa el 24.03.98 remite al Comité de Empresa la propuesta: "De conformidad con las previsiones contenidas en el Acuerdo de Cajas de 22.02.1989, así como en el propio documento de adhesión al mismo por parte de este centro de trabajo, firmado por ese Comité y la Empresa en fecha 28.04.1992, por las que se contempla la posibilidad de revisión anual de los horarios y/o rotaciones del colectivo de cajas siempre que se

juzgue necesario, y entendiendo esta Dirección que, como ya les ha sido expuesto de forma reiterada, se dan en la actualidad una serie de circunstancias que obligan a revisar los horarios actuales, pensados para una realidad distinta a la de hoy, es por lo que se hace entrega de esta propuesta para su análisis y evaluación, esperando que sirva de base, con las aportaciones que estimen convenientes, para un posible acuerdo que resuelva este serio problema de índole organizativo- productivo en el sector de cajas"; al que se acompaña la organización de horario de cajas.- 5º.- El 20 de mayo se reúne la Dirección de la Empresa y la representación social de la misma, al objeto de concluir las negociaciones sobre el horario de las Cajas "El Comité de Empresa manifiesta a la Dirección que las aportaciones realizadas en sesiones anteriores eran opiniones diversas recogidas del colectivo de cajeras, sin que estas alcanzasen la dimensión de propuesta consensuada por el Comité de Empresa.- Que a la segunda propuesta realizada por la Empresa el 13.05.98 tampoco es asumida por el colectivo de cajeras.- Dicho lo anterior, el Comité de Empresa comunica a la Dirección de la misma que no se aceptan la primera ni la segunda de las propuestas realizada por la Empresa, no planteándose ninguna alternativa por entender que el problema organizativo es exclusivamente de falta de personal, que no de ajustes organizativos.- Por su parte la Empresa se reitera en sus planteamientos y comunica a este Comité el inicio del procedimiento previsto en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores al objeto de dar solución a los horarios del sector de cajas.- La referida comunicación del inicio del proceso previsto en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores será anunciada a la mayor brevedad posible.- El Comité de Empresa manifiesta que tiene serias dudas de la posibilidad de la apertura por parte de la Empresa del procedimiento previsto en el art. 41 del Estatuto de los Trabajadores.- A ello abundaría lo previsto por el artículo 32.9 del Convenio Colectivo 1997-2000 y el Acuerdo de Flexibilidad de Jornada Laboral de la Empresa.- FETICO, manifiesta que estudiará la adhesión a los dos últimos puntos manifestados en esta reunión'.- 6º.- Los días 3 y 14 de septiembre se reúnen la Dirección de la Empresa y el comité, sobre los propuestos horarios hechos y se concluye sin acuerdo.- 7º.- El 4 de septiembre la Empresa remite al Comité, a los trabajadores afectados, la carta y horarios siguientes: "Muy Sres. nuestros: Al objeto de dar cumplimiento con lo previsto en el artículo 41.3 del Estatuto de los Trabajadores, ponemos en su conocimiento que con fecha 5 de octubre de 1998 entrarán en vigor las modificaciones parciales de horarios acordadas por esta Dirección para un determinado número de trabajadores adscritos al Servicio de Cajas, al objeto de poder así resolver el persistente problema de índole organizativo y

productivo que padece el servicio, adecuándolo a la demanda real de nuestros clientes.- Tanto la relación de trabajadores afectados, así como las modificaciones de horarios previstas y notificadas, se adjuntan como anexo a la presente. - Lo que se pone en su conocimiento a los efectos oportunos". ,”Muy Sra. nuestra:- De conformidad con las previsiones contenidas en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, ponemos en su conocimiento que la Dirección de la Empresa ha acordado proceder a la modificación parcial de sus actuales horarios toda vez que, como ya les ha sido expuesto reiteradamente a Vd. y a sus representantes legales, con tal medida se pretende adecuar los mismos a la demanda real de nuestros clientes. - Con tal motivo, a partir del día 5 de octubre de 1998 sus nuevos horarios serán los que siguen a continuación:- HORARIOS DE INVIERNO.- Los tres horarios distintos (M1-M2-M3) que rigen la jornada de trabajo de mañana de lunes a viernes no sufren variación alguna. El M3 del sábado de 10.30 a 16.30 h. pasa a ser de 10.00 a 16.00 h.- Los horarios de tarde sufren las siguientes alteraciones:- T1: De 15,00 a 20,00 h. pasa a ser de 16,15 a 21,15 h.- T2: De 16,00 a 21,00 h. pasa a ser de 16,45 a 22,15 h.- T3: De 17,00 a 22,15 h. pasa a ser de 17,00 a 22,15 h.- El TI del sábado de 15,30 a 21,30 h. pasa a ser de 15,45 a 21,45 h., no sufren alteración los horarios T2 y T3 previstos para el sábado.~ HORARIO DE VERANO.- No sufren variación alguna los tres horarios diferentes que rigen tanto para la jornada de lunes a viernes, como para la jornada del sábado. Las modificaciones en los horarios de tarde quedan como sigue:- T1: De 15,30 a 21,00 h. pasa a ser de 16,15 a 21,15 h.- T2: De 16,00 a 21,45 h. pasa a ser de 16,00 a 21,30 h.- T3: De 17,30 a 22,15 h. (no sufre alteración).- TI (sábados): De 15,15 a 21,30 h. pasa a ser de 15,30 a

21,30 h. - Por lo demás, las rotaciones permanecen invariables, al igual que los reposos a excepción del previsto en el horario M2 de invierno, que desaparece. - Lo que se pone en su conocimiento a los efectos oportunos".- 8º.- En el documento de adhesión del Comité de Empresa de “A., S.A.” en Vigo y la Empresa al Acuerdo Marco de 1989, se dice: “Anualmente Dirección y Comité de Empresa podrán efectuar la revisión de horarios y/o rotaciones siempre y cuando lo juzguen necesario y siempre respetando el Acuerdo Marco”.- 9º.- El artículo 32 del Convenio Colectivo de 1997 al 2000 dice: “Durante el primer trimestre del año natural, las empresas facilitarán a los representantes legales de los trabajadores los cuadros horarios laborales generales y, a partir del primero de enero de 1998, facilitarán igualmente la adscripción de los trabajadores a los cuadros horarios, a fin de que, con periodicidad anual, los trabajadores conozcan el momento en que deben prestar el trabajo. En las contrataciones que se realicen a lo largo del año, deberá constar el horario en el que el trabajador prestará sus servicios. Las modificaciones en los turnos horarios en el calendario anual no podrán suponer variaciones en la jornada diaria ordinaria superiores a una hora sobre la que regularmente venga efectuando cada trabajador con respecto a la del año anterior”.- 10º.- El 10 de Julio de 1998 se reúnen el Director del “H.A., S.A.” de la calle... de Vigo con las trabajadoras D.M. y M.C.E., C.G., A.M., N.G., M.G., A.T., B.G., M.G. M.V., Y.G., M.D.J., M.J.G., E.M., L.C., B.I., M.M., E.S., M.J.G., C.L., C.G. y M.C.S. y acuerdan “Modificar parcialmente los horarios que rigen en la actualidad para las más arriba mencionadas, y que tendrán pleno efecto a partir del dia 5 de octubre de 1998 en los siguientes términos:

A) HORARIOS DE INVIERNO (LUNES A VIERNES)

MAÑANA

M1	10,00 A 15,15
M2	10,15 A 14,15
M3	10,45 A 15,45

TARDE

T1	16,15 A 21,15
T2	16,45 A 22,15
T3	17,00 A 22,15

SÁBADOS

MAÑANA

M1	O9,45 A 14,45
M2	10,00 A 15,45
M3	10,00 A 16,00

TARDE

T1	15,45 A 21,45
T2	16,00 A 22,15
T3	16,15 A 22,15

B) HORARIOS DE VERANO (LUNES A VIERNES)

MAÑANA

M1	10,00 A 14,30
M2	10,15 A 14,45
M3	10,45 A 15,45

TARDE

T1	16,15 A 21,15
T2	16,00 A 21,30
T3	17,30 A 22,15

SABADOS

MAÑANA

M1	O9,45 A 15,00
M2	10,15 A 15,30
M3	10,30 A 16,00

TARDE

T1	15,30 A 21,30
T2	16,00 A 22,15
T3	17,00 A 22,15

C) Las rotaciones vigentes en la actualidad permanecen invariables tras la firma del presente acuerdo.- D) Asimismo, los reposos no sufren variación alguna a excepción del previsto en el horario M2 de mañana (invierno), que desaparece.- E) El presente acuerdo afecta exclusivamente a los horarios modificados, se realiza dentro de las previsiones contenidas en el Acuerdo Nacional de

Cajas, el cual continúa íntegramente en vigor tras la firma del presente.- F) Anualmente ambas partes podrán efectuar una actualización y/o revisión de horarios, siempre y cuando se juzgue necesario y existan razones objetivas que así lo justifiquen".- 11º. - El 28 de septiembre: "REUNIDOS. - De una parte don C.B.L., mayor de edad, provisto de D.N.I. número..., en calidad de Director del "H.A., S.A.",

sito en C/... Vigo. Y de otra doña R.P.C., L.V.S., M.J.N.V., M.J.L.N., M.F.J., E.F.P., N.P.D., A.D.A., A.L.L., R.G.F., A.O.A., todas ellas mayores de edad, trabajadoras de este centro y adscritas al sector de cajas.- ACUERDAN.- Modificar parcialmente los horarios que rigen en la actualidad para los más arriba mencionados, que tendrán pleno efecto a partir del día 05 de octubre de 1998, en los siguientes términos:- Mañana MI: 10,15 a 14,15 (no sufre alteración).- M2: 12,15 a 16,30.- Tarde Tl: 17,30 a 21,30.- T2: 18,15 a 22,15 (no sufre alteración).- Las rotaciones vigentes en la actualidad permanecen invariables tras la firma del presente acuerdo.- Se introduce un único reposo de 20 para el horario M2 al objeto de facilitar la comida en el hipermercado.- Anualmente ambas partes podrán efectuar una actualización y lo revisión de los horarios, siempre y cuando se juzgue necesario y existan razones objetivas para ello. - En prueba de total conformidad entre las partes, se firma el presente acuerdo en el lugar y fecha supraindicados. - ANEXO AL ACUERDO QUE SOBRE MODIFICACIÓN DE HORARIOS EN CAJAS (Estructura Fija de 4 Horas) SE FIRMÓ EL 28 DE SEPTIEMBRE DE 1998.- Las trabajadoras más abajo firmantes, todas ellas adscritas al sector de Cajas, se adhieren plenamente al acuerdo firmado el día 28 de septiembre de 1998, y en prueba de total conformidad firman la presente adhesión en Vigo, a 23 de octubre de 1998'.- 12º.- Se celebró sin efecto acto de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación.- La empresa tiene 384 trabajadores".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando la demanda formulada por doña M.T.F.F., doña E.N.S. y doña M.E.R.V. contra "A., S.L.", debo declarar la nulidad de la medida acordando la modificación de las condiciones de trabajo sobre horario y jornada habitual de las cajeras de 4 y 5 horas, debiendo aplicarse las anteriores en tal medida, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandada siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la demanda de conflicto colectivo formulado por los delegados sindicales de CIG, UGT y CC.OO de la Empresa "A., S.A." contra la misma y deja sin efecto, por considerarlo nulo, el acuerdo de la demandada sobre modificación de horarios de las

cajeras que prestan sus servicios en el centro de trabajo de..., contra la misma acude en suplicación la empresa a través de diversos motivos, unos en los que pretende diferentes revisiones probatorias y otros en los que se denuncia la normativa jurídica infringida.

Se interesa inicialmente la modificación del ordinal segundo de los de prueba en el que se contiene una relación de horarios que venía rigiendo para las cajeras afectadas por el conflicto, postulándose una nueva redacción en los términos que se expresan, fundándose para ello en los documentos que obran a los folios 62 y 69 de autos, que es el Acuerdo Marco de Cajas de 1989 y los incorporados en los folios 71 y 77 que constituyen el Acuerdo del Centro de Trabajo "A., S.A." de 28 de abril de 1992, por el que dicho centro de adhiere al Acuerdo Marco antes citado.

La revisión resulta procedente parcialmente, porque como señala la impugnación del recurso la transcripción que efectúa la sentencia incluye la totalidad de los horarios que las cajeras realizaban, las referencias a dichos Acuerdos y las modificaciones que la empresa introdujo y que son objeto de impugnación. Cabe no obstante hacer algunas precisiones que deben ser incluidas como relato fáctico, cuales son que en el Acuerdo de 1989, sobre reestructuración del sector de cajas suscrito entre la empresa y el Comité Intercentros de la misma se establece un Título que se denomina "Horarios para la estructura básica de tiempo parcial", añadiéndose que pueden establecerse hasta cinco horarios distintos, que se acordarán con el Comité de empresa de cada centro y que podrán actualizarse o revisarse anualmente de acuerdo con el referido Comité.

Por Acuerdo de 28 de abril de 1992 la Dirección de la empresa y el Comité al adherirse al Acuerdo Marco fijaron los horarios de invierno y verano en los términos que resultan de lo que se consigna en el correspondiente ordinal de prueba.

Debe precisarse, asimismo, que las modificaciones horarias quedan reducidas en las cajeras con jornada de cinco horas diarias al turno de la tarde del sábado (T1) que era de 15,30 a 21,30 y pasa a ser 15,45 a 21,45 y en el 3 de la mañana (M3) de lunes a viernes que era de 10,45 a 15,45 pasa a ser de 10 a 16 horas, suprimiéndose los veinte minutos de reposo que existían en el turno M2 de invierno, que era de 10,15 a 14,15 horas. Respecto a las cajeras con jornada de cuatro horas se modifica el horario M2 que era de 11,45 a 15,45 y pasa a ser de 12,30 a 16,30 y el T1 que era de 16 a 20 y se establece de 18,15 a 22,15 h.

SEGUNDO.- También como modificación fáctica se pretende introducir un nuevo relato en el que se haga constar que el número de cajeras del centro afectado por el conflicto es de 27 con jornada parcial de cinco horas diarias y 18 con jornada parcial de cuatro horas, como así se deduce de la relación incorporada a los folios 98 y 99 de autos. Debe aceptarse dicha modificación, porque sin perjuicio de lo que resulta de los documentos invocados los promoventes del conflicto aceptan el número de cajeras al que se refiere la empresa.

Se pretende, asimismo, la introducción de un nuevo hecho en el que se haga constar que entre las 20 y 22 horas de cada día laborable suele producirse el mayor volumen de ventas y afluencia de clientes, en tanto es inferior el número de cajeras disponibles al de otras horas en que es menor la referida afluencia. Se justifica dicho extremo por los informes horarios semanales correspondientes a los meses de abril y mayo de 1998 en los que se refleja el volumen de ventas, de clientes y de cajeras en cada una las horas trabajadas en el centro Alcampo. No puede aceptarse dicha revisión con el alcance pretendido, ni los documentos invocados evidencian claramente lo que se pretende, ni al referirse a un determinado período de tiempo pueden servir de base para acreditar una afirmación de carácter general como la que se pretende en el recurso, tan solo puede establecerse que efectivamente en la franja horaria de final de la tarde, es decir, a partir de las 20 horas y en los meses a los que se refiere la documental aportada se aprecia mayor volumen de caja, que presumiblemente corresponderá a mayor afluencia de clientes.

Por último, se postula una nueva adición fáctica para que se haga constar que los horarios de tarde de las cajeras que prestan servicios en los centros de "A., S.A." de Vigo-2, Ferrol y La Coruña se extienden hasta la hora de cierre, lo que se acredita por los documentos relativos a dichos centros que se incorporan en los folios 132 a 137 de autos. Debe aceptarse dicha adición, pues resulta acreditada la existencia de los horarios en los centros en cuestión.

TERCERO.- En orden a derecho se denuncia la infracción por interpretación errónea del párrafo 5º del art. 41.4 del ET, en relación con el párrafo 4º del nº 2 del mismo, en orden a la excepción planteada por la empresa en juicio respecto a la inadecuación de procedimiento al considerar que no tiene carácter de conflicto colectivo.

Como ya se señaló, los horarios de las cajeras a tiempo parcial quedaron fijados en virtud de acuerdo extraestatutario entre la Dirección del

centro de trabajo y el Comité de empresa, la modificación de dichos horarios afecta a 18 cajeras con jornada de cuatro horas y a 27 con jornada de cinco horas, por ello lo primero que habría de precisarse es si la modificación horaria al referirse a dos grupos de trabajadoras con distinta jornada, aun cuando sean a tiempo parcial, forman un solo grupo, lo que supondría por su número una modificación colectiva de las condiciones de trabajo fijadas en pacto extraestatutario o, si por el contrario, cabe diferenciar dichos grupos, en tanto están sujetos a jornadas distintas, con la obligada consecuencia de entender que la modificación ya no sería colectiva por el número de trabajadores afectados, criterio este que mantiene la recurrente, para sostener, como ha hecho en juicio, que en ningún caso la decisión empresarial tiene carácter colectivo.

Pero es que aunque se mantuviese la tesis opuesta, sigue diciendo la recurrente, se llegaría a idéntica solución si se tiene en cuenta que del total de cajeras afectadas por la modificación horaria obtuvo el acuerdo de 22 de las cajeras de jornada de cinco horas, por lo que sólo quedaban cinco disconformes con la medida y que también 14 de las de jornada de cuatro horas llegaron al mismo acuerdo, restando 4 discrepantes, por lo que el número total no determinaría una modificación colectiva, como así lo ha entendido el TS en sentencia de 2 de julio de 1997.

Aun cuando la sentencia de instancia parece no dar validez a ese acuerdo de determinadas trabajadoras con la empresa, por entender que la modificación del horario no entraña dentro de sus facultades de disposición, dicha afirmación sólo podría tener vigencia antes de la modificación producida en el art. 41 del ET, pero no en su actual redacción, ya que la exigencia de acuerdo con los órganos representativos de los trabajadores queda reducido a los supuestos en que la modificación afecta a materia regulada por convenio colectivo, lo que no sucede en el caso de autos, ya que los horarios están fijados por un acuerdo que no tiene dicho carácter.

No resulta acogible la denuncia, en primer lugar, debe rechazarse la tesis empresarial en tanto pretende considerar que las modificaciones horarias que se pretenden introducir pueden diversificarse en tanto afectan a cajeras con diferente jornada, no sólo porque la diferencia entre unas y otras no parece sustancial a los efectos de su tratamiento independiente, sino porque resulta un tanto contradictoria dicha pretensión con las afirmaciones de la propia demandada de que ha seguido los trámites que el art. 41 del ET establece para los supuestos de modificaciones colectivas, es evidente que si hubiese partido del planteamiento que ahora sostiene se atendría a lo que dispone el apartado 2

de dicho precepto sin necesidad de los trámites de consultas al Comité de empresa, en cualquier caso la distinción resulta un tanto artificial para excluir la aplicación del procedimiento de conflicto colectivo.

A igual resultado ha de llegarse en orden a la alegación de que el número de trabajadores afectado ha de considerarse reducido en función de restar al número total el grupo de trabajadoras que han llegado a un acuerdo con la empresa para aceptar la modificación de jornada, ya que sin perjuicio del alcance que dicho acuerdo pueda tener respecto a la resolución de la cuestión de fondo, tampoco puede servir como elemento limitativo para desvirtuar el alcance del acuerdo de la empresa, que en definitiva es la variación de los horarios de trabajo establecidos para un conjunto de trabajadoras que por su número determinan el carácter colectivo de la medida. La doctrina del TS a que se hace referencia respecto a la novación contractual en virtud de pacto empresa-trabajador y su posible validez dentro del principio de la autonomía de la voluntad es, como ya se indicó, algo que podrá trascender respecto a la cuestión debatida en el proceso, pero no en orden al procedimiento que haya de seguirse para debatirla, por lo que hay que entender que el de conflicto colectivo no resulta inadecuado.

CUARTO.- También en orden a derecho se denuncia por la empresa la errónea interpretación del art. 41.1 del ET, ya que entiende que la decisión empresarial, aun referida al conjunto de cajeras, no supone una modificación sustancial de su horario que determine la aplicación del precepto citado, ya que como entienden diversos TS de Justicia no toda modificación de las que incluye el artículo citado ha de considerarse sustancial.

Como resulta de la declaración de prueba de la propia sentencia, las cajeras con jornada de cinco horas tienen diferentes horarios en invierno, en verano y los sábados, estableciéndose una rotación entre tres horarios de mañana y tres de tarde, tanto en invierno como en verano y las cajeras de cuatro horas tienen horarios distintos de lunes a sábado en verano e invierno, rotando entre dos horarios de mañana y dos de tarde, la modificación que se pretende introducir sólo afecta a tres turnos de los veinticuatro que tienen a lo largo del año para las cajeras de cinco horas y para las de cuatro sólo se modifican dos horarios de los ocho que tienen establecidos, en cualquier caso se tratan de variaciones de muy escasa entidad, anticipar o retrasar la entrada y salida entre 15 y 45 minutos, que no afectan de modo esencial al contenido de la relación de trabajo.

La determinación de lo que consiste o no modificación sustancial de las condiciones de trabajo ha dado lugar a diversidad de interpretaciones, existe doctrina de algunos TS de Justicia que han entendido que cualquier modificación que afecte a alguno de los apartados que contempla el art. 41 del ET tendría carácter de sustancial; otros, han mantenido la tesis contraria, así S.TS de J de Murcia de 15-marzo-96 y las que en la misma se citan, a nuestro entender ésta parece la más adecuada, que resulta de considerar que la enumeración que contiene el precepto citado es meramente ad exemplum, es decir, de un lado que pueden existir otro tipo de modificaciones contractuales que constituyan modificación sustancial y de otro, que aun las modificaciones enumeradas de forma no limitativa en el precepto en cuestión no constituirán de forma automática modificación sustancial, sino que habrá de analizarse su alcance, trascendencia o influencia que pueda tener sobre la relación de trabajo para concluir si afecta o no sustancialmente a la misma.

Ahora bien, en lo que es objeto de recurso, es decir, con alcance esencialmente con respecto al procedimiento seguido, habría de señalarse, como anteriormente ya se indicó, que la propia empresa es la que ha acudido a un trámite, a través de un proceso de consultas con el Comité, que evidencia en principio que atribuía a la modificación horaria un carácter sustancial, al revés de lo que ahora sostiene, en cualquier caso aunque las modificaciones tienen un alcance limitado, al referirse a determinados turnos de trabajo, sin que supongan aumento de jornada y sí tan solo unas modificaciones en cuanto a horas de entrada y salida, no obstante, al ser de carácter permanente y referidas por ello a todo el año, no puede descartarse su alcance sustancial sobre las condiciones de trabajo, sin que el acuerdo logrado con diversos trabajadores sobre el particular, al que después haremos referencia, enerven ese carácter sustancial que obligue por ello a la empresa a acudir al procedimiento establecido en el precepto que se dice infringido.

QUINTO.- También en sede jurídica se denuncia, la infracción del art. 41.4 del ET en relación con los arts. 85 y 90 del mismo. El fundamento utilizado por la sentencia de instancia para decretar la nulidad de la medida adoptada por la empresa hay que entenderlo referido a la fuerza vinculante que el ET atribuye a los convenios colectivos, excluyendo la posibilidad de que la empresa modifique las condiciones fijadas en los mismos, a cuyo efecto será preciso el acuerdo con los representantes legales de los trabajadores, ahora bien dicha tesis contiene un error de base, afirma la Empresa en su recurso, cual es la de aplicar dicha doctrina al

acuerdo en virtud del cual se establecieron los horarios de las cajeras que son objeto de litigio, ya que como reiteradamente se ha señalado a lo largo del recurso, los horarios no están fijados en convenio colectivo, ni el Acuerdo Marco de Cajas de 1989, ni el acuerdo de horarios de la propia empresa de 1992 constituyen un convenio colectivo, por lo que no están imbuidos de la validez e immodificabilidad que para dicha norma convencional establece el art. 90 del ET, por ello tampoco le resultan exigibles las condiciones que en dicha norma se fijan para su modificación.

Es acogible el planteamiento de la recurrente, en tanto establece una distinción entre aquellas condiciones de la relación de trabajo fijadas en convenio colectivo y las que resultan de un pacto colectivo o extraestatutario o por decisión unilateral de la empresa, en tanto aquellas sólo pueden ser modificadas a través del correspondiente acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores, únicas partes que gozan de la disponibilidad de la norma convencional, las condiciones fijadas por pacto extraestatutario son susceptibles de modificación, individual o colectiva, a través de los procedimientos que fija el art. 41 del ET, así se desprende de dicho precepto nº 2, párrafo 3º y sentencias de 4-III-96 de Cataluña y 23 de julio del mismo año de Castilla-León.

Dicho precepto, modificando la legalidad anterior, sólo establece unos requisitos formales, período de consultas con los representantes legales de los trabajadores, para adoptar la correspondiente decisión, en el supuesto, cual es el de autos, en el que se trate de una modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo, es decir, que evacuado dicho trámite sin acuerdo con el Comité de empresa, precisamente lo que ha tenido lugar en el caso que aquí se debate, la empresa es libre de adoptar la decisión que estime oportuna sin perjuicio del recurso jurisdiccional por vía de conflicto colectivo, que es el que se ha utilizado en las presentes actuaciones, de donde se infiere que la falta de acuerdo con el órgano representativo de los trabajadores no supone un obstáculo insalvable que determinaría la inviabilidad de cualquier modificación de dicha clase sin previa conformidad del Comité.

En el supuesto analizado, la empresa ha efectuado las correspondientes consultas con el órgano representativo de los trabajadores, sin que se haya llegado a un acuerdo con el mismo y pese a ello notificó su decisión modificadora que la sentencia de instancia declaró nula.

SEXTO.- Sentado lo anterior, resta por analizar si la decisión de la empresa está o no justificada en razón a motivos organizativos, económicos o de producción que son los que contempla el art. 41 del ET para justificar una medida de dicha clase.

En la impugnación del recurso se sostiene que la empresa no ha puesto de manifiesto la existencia de ningún tipo de motivo, de los previstos legalmente, para justificar el cambio horario, extremo que la Sala no puede compartir porque es evidente que a lo largo de las consultas que ha mantenido con el Comité se ha puesto de manifiesto con reiteración cual era la causa de dicha medida, que por otro lado resulta obvia si se pone en relación con el contenido del acuerdo, en tanto supone en definitiva extender la jornada de las cajeras para cubrir con el mayor número posible la franja horaria que alcanza hasta el cierre del centro de trabajo.

Es cierto, como también se puso de manifiesto, que la prueba que la empresa ofreció para acreditar esa necesidad organizativa no es del todo concluyente, en tanto sólo ponía de relieve una mayor afluencia de ventas en las últimas horas de la tarde, pero concretada a un limitado período de tiempo del pasado año, sin embargo, ha de llegarse a la conclusión de que la medida en cuestión no resulta arbitraria; en primer lugar, porque dicha prueba constituye un indicio valorable, en tanto contiene datos con valor de muestreo, referidos al período en el que se inició el trámite de consultas; en segundo, casi por notoriedad, pues precisamente las últimas horas de la tarde constituyen una franja horaria que es la única que pueden utilizar muchas personas, por razón de sus horarios de trabajo, para efectuar sus compras, es también un importante elemento probatorio el que en otros centros de trabajo de la propia empresa estén funcionando horarios de características semejantes al que se pretende implantar, sin que resulte admisible el que se alegue de contrario que los centros de otras ciudades, como son Ferrol y La Coruña, no tiene porque representar un elemento comparativo con el de Vigo, porque precisamente en el de Vigo-2 también está establecido y las ciudades referidas de la propia Comunidad gallega no ofrecen características que la separen esencialmente de las de Vigo; en último término y como elemento verdaderamente esencial, ha de tomarse en cuenta el acuerdo logrado por la empresa con la mayor parte de los trabajadores, tanto de jornada de cinco como de cuatro horas, lo que reduce los términos de la discrepancia a un número mínimo y lo que permite sostener la conclusión de que la medida empresarial, no sólo tiene un fundamento razonable, sino que no supone perjuicio apreciable para los trabajadores, en definitiva, ha de llegar a la conclusión, contraria a la que ha mantenido la sentencia de instancia, y declarar que la decisión combatida por vía de

conflicto ni formal, ni sustancialmente, infringe el art. 41 del ET, por lo que ha de estimarse el recurso y desestimarse la demanda promotora del conflicto.

Fallamos

Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la Empresa “A., S.A.”, contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de Vigo, de 9 de noviembre de 1998, revocándola y desestimando la demanda que contra la misma promovieron los Sindicatos CIG, UGT y CC.OO, absolviéndose a la Empresa de la misma.

**2624 RECURSO N°
03/0008309/1998**

S. CA.

O CAMBIO DE AFILIACIÓN DOS SOCIOS DAS SOCIEDADES MERCANTIS DO RÉXIME XERAL Ó RÉXIME ESPECIAL DE SEGURIDADE SOCIAL DE AUTÓNOMOS NON CONLEVA A DEVOLUCIÓN DAS COTAS POLA CONTINXENCIA DE DESEMPREGO DURANTE A SITUACIÓN EN ALTA NO RÉXIME XERAL, POSTO QUE, NO SEU MOMENTO, ESAS COTAS ERAN DEBITADAS E BEN INGRESADAS.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Bautista Quintás Rodríguez

En la Ciudad de A Coruña, cinco de marzo de mil novecientos noventa y nueve.

En nombre del Rey

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sección Tercera) ha pronunciado la

SENTENCIA

En el proceso contencioso-administrativo que, con el número 03/0008309/1998, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por J.S.D., J.R.S.P., R.S.D., M.D.D.F., y representantes de la empresa “E.C.R., S.A.”, representados y dirigidos por el Letrado doña P.C.E. (Habilitada), contra Resolución de 01.04.98 desestimatoria de recursos contra otras de la Dirección Provincial del I.N.E.M. de A Coruña sobre solicitud devolución de cuotas;

Expte. nº VA-1.080/1997. Es parte la Administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, representada por el ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es determinada en 2.510.336 ptas.

Antecedentes de hecho

I.- Admitido a trámite el recurso contencioso-administrativo presentado, se practicaron las diligencias oportunas y dado traslado de los autos a la parte actora para que se dedujera la demanda lo realizó por medio de escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, suplicó se dictase sentencia declarando no ajustada a Derecho la resolución recurrida.

II.- Conferido traslado a la parte demandada, solicitó la desestimación del recurso, de conformidad con los hechos y fundamentos de Derecho consignados en su escrito de contestación.

III.- No habiéndose recibido el asunto a prueba, y seguido el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 24 de febrero de 1999, fecha en que tuvo lugar.

IV.- En la sustanciación del recurso se han observado las prescripciones legales.

Fundamentos de derecho

I.- Se impugna en estos autos la resolución de la Dirección General del Instituto Nacional de Empleo de 01.04.98, dictada en el expediente núm. VA-1.080/1997, por la que se deniega la devolución de cuotas ingresadas a la Seguridad Social por la contingencia de desempleo y formación profesional. La situación se plantea por el cambio de criterio de encuadramiento operado por la circular de la Tesorería General de la Seguridad Social de 29 de diciembre de 1992 y la Resolución de 23 de junio de 1992, de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, de manera que los socios de las sociedades mercantiles pasaron de estar encuadrados en el Régimen General a estarlo en el de Trabajadores Autónomos.

II.- Alega la recurrente que, puesto que en este último régimen no están cubiertas las contingencias descritas, sino sólo las comunes, las cuotas ingresadas en aquel concepto tienen la

consideración de indebidas y, por tanto, con arreglo a los artículos 23 de la Ley General de la Seguridad Social de 20 de junio de 1994 (hoy derogada) y 42 del Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de Seguridad Social, de 11 de octubre de 1991, procede su devolución.

III.- Señala la Abogacía del Estado que la Resolución de la Tesorería General de la Seguridad Social de 29 de diciembre de 1992, en su apartado 5.2.3 que “en aquellos supuestos en que proceda la inclusión en un régimen distinto a aquel en que se efectuó inicialmente el alta, ésta y las cotizaciones realizadas tiene plena validez para la acción protectora en que corresponda el encuadramiento...”

IV.- En definitiva, lo que ocurre es que mientras el trabajador y socio de la empresa permaneció encuadrado en el Régimen General de la Seguridad Social, estuvo a cubierto de las contingencias e desempleo y formación profesional y, si se hubiese llegado a dar esta situación, la Seguridad Social hubiera venido obligada a satisfacer las prestaciones correspondientes. Por lo tanto, no se trata de cuotas indebidamente ingresadas, sino que en su momento eran debidas y bien ingresadas en las arcas del Sistema y, por consiguiente, no procede devolución alguna, por lo que procede desestimar el recurso interpuesto.

V.- No existen méritos suficientes para una imposición de costas.

Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por J.S.D., J.R.S.P., R.S.D., M.D.D.F. y representantes de la empresa “E.C.R., S.A.” contra Resolución de 01.04.98 desestimatoria de recursos contra otras de la Dirección Provincial del I.N.E.M de A Coruña sobre solicitud de devolución de cuotas; Expte. nº VA-1.080/1997, dictado por MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES. Sin imposición de costas.

**2625 RECURSO N°
03/0008398/1998**

S. CA.

O CAMBIO DE AFILIACIÓN DOS SOCIOS DAS SOCIEDADES MERCANTIS DO RÉXIME XERAL Ó RÉXIME ESPECIAL DE SEGURIDADE SOCIAL DE AUTÓNOMOS NON CONLEVA A DEVOLUCIÓN DAS COTAS POLA CONTINXENCIA DE DESEMPREGO DURANTE A SITUACIÓN EN ALTA NO RÉXIME XERAL, POSTO QUE, NO SEU MOMENTO, ESAS COTAS ERAN DEBIDAS E BEN INGRESADAS.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Antonio Vesteiro Pérez

En la Ciudad de A Coruña, cinco de marzo de mil novecientos noventa y nueve.

En nombre del Rey

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sección Tercera) ha pronunciado la

SENTENCIA

En el proceso contencioso-administrativo que, con el número 03/0008398/1998, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por M.M.S., con D.N.I... domiciliado en... (Santiago), representado y dirigido por el Letrado doña M.V.G.P., contra Resolución de 21.04.98 desestimatoria de recurso contra otra de la Dirección Provincial del I.N.E.M. en A Coruña sobre devolución de cuotas de desempleo; Expte. nº 2.102/97. Es parte la Administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, representada por el ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es determinada en 1.061.398.

Antecedentes de hecho

I.- Admitido a trámite el recurso contencioso-administrativo presentado, se practicaron las diligencias oportunas y dado traslado de los autos a la parte actora para que se dedujera la demanda lo realizó por medio de escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, suplicó se dictase sentencia declarando no ajustada a Derecho la resolución recurrida.

II.- Conferido traslado a la parte demandada, solicitó la desestimación del recurso, de conformidad con los hechos y fundamentos de Derecho consignados en su escrito de contestación.

III.- No habiéndose recibido el asunto a prueba, y seguido el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 24 de febrero de 1999, fecha en que tuvo lugar.

IV.- En la sustanciación del recurso se han observado las prescripciones legales.

Fundamentos de derecho

I.- Se impugna en estos autos la resolución de la Dirección General del Instituto Nacional de Empleo de 21.04.98, dictada en el expediente 2.102/97, por la que se deniega la devolución de cuotas ingresadas a la Seguridad Social por la contingencia de desempleo y formación profesional. La situación se plantea por el cambio de criterio de encuadramiento operado por la circular de la Tesorería General de la Seguridad Social de 29 de diciembre de 1992 y la Resolución de 23 de junio de 1992, de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, de manera que los socios de las sociedades mercantiles pasaron de estar encuadrados en el Régimen General a estarlo en el de Trabajadores Autónomos.

II.- Alega la recurrente que, puesto que en este último régimen no están cubiertas las contingencias descritas, sino sólo las comunes, las cuotas ingresadas en aquel concepto tienen la consideración de indebidas y, por tanto, con arreglo a los artículos 23 de la Ley General de la Seguridad Social de 20 de junio de 1994 (hoy derogada) y 42 del Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de Seguridad Social, de 11 de octubre de 1991, procede su devolución.

III.- Señala la Abogacía del Estado que la Resolución de la Tesorería General de la Seguridad Social de 29 de diciembre de 1992, en su apartado 5.2.3 que “en aquellos supuestos en que proceda la inclusión en un régimen distinto a aquel en que se efectuó inicialmente el alta, ésta y las cotizaciones realizadas tiene plena validez para la acción protectora en que corresponda el encuadramiento...”

IV.- En definitiva, lo que ocurre es que mientras el trabajador y socio de la empresa permaneció encuadrado en el Régimen General de la Seguridad Social, estuvo a cubierto de las contingencias de desempleo y formación profesional y, si se hubiese llegado a dar esta situación, la Seguridad Social

hubiera venido obligada a satisfacer las prestaciones correspondientes. Por lo tanto, no se trata de cuotas indebidamente ingresadas, sino que en su momento eran debidas y bien ingresadas en las arcas del Sistema y, por consiguiente, no procede devolución alguna, por lo que procede desestimar el recurso interpuesto.

V.- No existen méritos suficientes para una imposición de costas.

Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por M.M.S. contra Resolución de 21.04.98 desestimatoria de recurso contra otra de la Dirección Provincial del I.N.E.M. en A Coruña sobre devolución de cuotas de desempleo; Expte. nº 2.102/97, dictado por MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES. Sin imposición de costas.

2626 RECURSO N° 4.949/98

S. S.

DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE POR EXTINCIÓN DE CONTRATO TEMPORAL FRAUDULENTO, EXISTINDO UNHA SERIE DE CONTRATOS DE TRABALLO TEMPORAIS.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José M. Mariño Cotelo

A Coruña, a ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia,

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 4.949/98 interpuesto por don M.G.S. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. TRES de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don M.G.S. en reclamación de DESPIDO siendo demandado “T.T.M., S.L.”- en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 79/98 sentencia con fecha dieciocho de septiembre de mil novecientos noventa y ocho por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “Primero.- El actor prestó servicios para la demandada mediante los siguientes contratos: 1.- Contrato temporal de fomento de empleo, al amparo de la Ley 10/94 de(sic), para trabajadores mayores de 45 años, de doce meses de duración, iniciado el 04.02.95./ 2.- Sin solución de continuidad, y en fecha 4 de febrero de 1996, mediante contrato de obra determinada, al amparo del Rdto 2.546/94, cuyo objeto es el dragado en el Puerto de.../ 3.- Nuevo contrato de obra, de fecha 1 de junio de 1996, al amparo del mismo Rdto, anteriormente citado, cuyo objeto es el dragado y regeneración de playas en la Costa de.../ 4.- Contrato similar al anterior, con el objeto de emisario submarino en..., Portugal, de fecha 01.04.97./ 5.- Contrato de obra como los anteriores, con efectos de 01.06.97, para trabajos de dragado y extracción de arenas en la Costa de.../ Segundo.- El actor prestó sus servicios sin liquidación entre contratos, con alta y baja en la seguridad social sin solución de continuidad. Su categoría es de mecánico reparador y su salario de 142.600 pts mensuales con prorrataeo. Las partes pactaron la aplicación del Convenio Provincial de la Construcción de La Coruña./ Tercero.- No se acredita que el actor no haya prestado servicios en los centros para los que fue contratado ni que las obras no hubieran finalizado en su momento./ Cuarto.- Con fecha 17 de diciembre de 1997, se le comunica su cese mediante notificación escrita./ La causa del cese es la terminación de los trabajos para los que fue contratado en el último contrato, es decir, trabajos de dragados y extracción de arenas en la Costa de.../ Quinto.- La empresa se dedica a la actividad de Dragado./ Sexto.- Se dictó sentencia por esta juzgado en fecha 20 de marzo de 1998, declarando la caducidad de la acción de despido, sentencia anulada por el TSJ de Galicia en la de 26 de junio de 1998, en base a documentos no obrantes en los autos y aportados con el recurso de suplicación”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que desestimando la demanda formulada por don M.G.S., absuelvo de la misma a la demandada, “T.T.M., S.L.”, declarando que no hubo despido en

su cese sino que este se produjo por finalización del contrato para el que fue contratado”.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO. Contra la sentencia de instancia que desestimando la demanda articulada por M.G.S. contra la empresa “T.T.M., S.L.” declaró que “no hubo despido en su cese sino que se produjo por finalización del contrato para el que fue contratado”, se alza el demandante y con amparo procesal en el artículo 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral solicita, en un primer motivo, la revisión de los hechos declarados probados.

SEGUNDO. Interesa, el recurrente, en primer lugar la modificación del hecho probado 1º con objeto de que se sustituya en el punto 4º de aquel ordinal la palabra “similar” por la frase “de igual modalidad”. Al efecto cabe expresar que la redacción de los Hechos Declarados Probados es competencia y responsabilidad del juzgador de instancia, no estando legitimada una parte para proponer su modificación en lo puramente formal, sin variación sustancial de su contenido fáctico, que sólo procederá en cuanto se ajuste a las previsiones del art. 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral, de manera que la referida revisión, por más que en el propio recurso se tilda de no fundamental, al constituir una forma distinta de declarar probado el mismo contenido fáctico que ya figura en la sentencia de instancia, resulta inadmisible.

TERCERO. En segundo lugar propone la supresión de “todo” el hecho probado 3º para sustituirlo por el texto alternativo siguiente: “El director administrativo de la empresa, Sr. F.L., certifica que el buque draga “A.P.” realizó obras de dragado en el Puerto de..., hasta el 11.03.96 y regeneración en las playas de la isla de... hasta el 18.05.96. El actor siempre estuvo embarcado en el mencionado buque.”, en base a la documental de los folios 175, 40, 44, 140 a 162, 166, 171 y 28 a 33 de autos.

Aunque no procede la supresión del ordinal cuarto pues no se demuestra la existencia de error en el Juez “a quo” en relación con lo que constituye la literalidad del referido hecho probado, sí cabe añadir a lo recogido en la sentencia de instancia el texto a que se contrae el recurso, por cuanto ello resulta viable a tenor de la documental invocada. En consecuencia el ordinal tercero quedará

definitivamente redactado añadiendo, a su prística redacción, el texto propuesto por el recurrente.

CUARTO. Propone también el recurrente la adición al hecho probado cuarto del siguiente texto: “La empresa realiza trabajos para la Administración y constructores. No consta especificada la última obra realizada y su terminación por ningún Organismo, entidad o empresa privada.”

No ha de prosperar la revisión al tener su base en la confesión judicial rendida por el Director administrativo de la demandada, siendo así que del artículo 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral la doctrina jurisprudencial interpretativa del mismo son paladinos al establecer que la revisión sólo puede basarse en pruebas documentales o periciales, lo que aquí no acontece.

QUINTO. Solicita, asimismo, la introducción en el relato fáctico de un hecho nuevo, que habría de ser el quinto, pasando los actuales quinto y sexto a sexto y séptimo correlativamente, a fin de que se hiciese constar: “La empresa realizó a otros trabajadores contratos temporales sucesivos sin solución de continuidad y sin concretar las obras, haciendo constar una antigüedad conforme al último contrato”.

No ha de tener éxito la solicitada revisión al referirse a supuestos relativos a personas ajenas al presente litigio y, por ende, sin trascendencia a efectos de la resolución del mismo.

SEXTO. Interesa, por último la supresión del ordinal sexto desde la frase “en base a documentos...” hasta el final .

Debe desestimarse lo peticionado al devenir irrelevante e intrascendente en orden a la substancialización del presente recurso.

SEPTIMO. Al amparo del artículo 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral solicita el examen de las normas sustantivas y de la jurisprudencia, denunciando la infracción de los artículos 6.4 y 7 del Código Civil, artículos 2.2.a) y b) del Real Decreto 2.546/94, de 29 de diciembre, en relación con el artículo 9.3 y 35 de la Constitución Española; asimismo la infracción de la jurisprudencia contenida en las sentencias del Tribunal Supremo que citó y del artículo 3.1.a) 2 y 5 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el artículo 9.3 de la Constitución Española y, por último, la infracción por interpretación errónea del artículo 1.214 del Código Civil, artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores y artículo 105.1 de la Ley de Procedimiento Laboral.

Cabe referir, en primer lugar que, en supuestos de contrataciones temporales sucesivas relativas a un concreto trabajador, la doctrina jurisprudencial mantuvo que había de considerarse la relación laboral como un todo cuando los diferentes contratos temporales se hubiesen llevado a cabo sin solución de continuidad o, incluso, con interrupciones temporales de escasa importancia y por tanto, irrelevantes, entendiendo que de tal situación se infería la voluntad de las partes de mantener vigente la relación, manteniendo este criterio entre otras la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 1993. En posteriores resoluciones se observó un cambio en la jurisprudencia manteniendo el Alto Tribunal la tesis relativa a que ha de estarse exclusivamente al último de los contratos temporales formalizado entre las partes al haber sido consentida por el trabajador la finalización de los anteriores. En tal sentido pueden citarse las sentencias de 16.02.94; 23.02.94; 23.05.94; 24.01.96 (RCUD). Con posterioridad la sentencia del Tribunal Supremo de 20.02.97, parece abandonar la tesis expuesta en las antes citadas resoluciones para volver a la consideración de que han de valorarse todos los contratos temporales formalizados entre las partes sin solución de continuidad, o con un período de interrupción escasamente relevante considerando de forma global el íter contractual de manera que si alguno de los contratos se hubiese celebrado en fraude de ley podría afectar al carácter de la relación laboral que podría trocarse en indefinida a partir de aquel momento, sin perder tal condición aunque ulteriormente se celebrasen contratos de carácter temporal que se ajustasen a derecho.

Por su parte la sentencia del Tribunal Supremo de 29.05.97 asevera que “esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha precisado en Sentencias recientes de unificación de doctrina (SSTS IV 20 febrero 1997 (RJ 1997, 1.572), 25 marzo 1997 (RJ. 1997, 2.619) y 5 mayo 1997 (RJ 1997, 3.654), su posición sobre el alcance del control de legalidad que deben realizar los órganos de la jurisdicción social en relación con los contratos de trabajo sucesivos de una serie contractual. Tal doctrina unificada se puede resumir así: 1) si no existe solución de continuidad en la secuencia contractual deben ser examinados todos los contratos sucesivos; 2) si se ha producido una interrupción en la secuencia contractual superior a los veinte días previstos como plazo de caducidad para la acción de despido, entonces sólo procede el examen o control de legalidad de los contratos celebrados con posterioridad; 3) en aplicación de la regla precedente, el control de legalidad se ha de atener exclusivamente al último contrato celebrado cuando entre él y el anterior exista una solución de continuidad superior al plazo de caducidad de la acción de despido y 4) no obstante lo anterior,

como se precisa en sentencia de unificación de doctrina de esta misma fecha cabe el examen judicial de toda la serie contractual, sin atender con precisión aritmética a la duración de las interrupciones entre contratos sucesivos en supuesto singulares y excepcionales en que se acrediten una actuación empresarial en fraude de ley y al mismo tiempo la unidad esencial del vínculo laboral.”

La aplicación de esta doctrina al presente caso va a abocar a la estimación del recurso y es que para apreciar la existencia de fraude de ley es menester llevar a cabo la interpretación de forma coordinada entre lo dispuesto en el artículo 15.3 del Estatuto de los Trabajadores - “Se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley” – y el artículo 6.4 del Código Civil – “Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir” de manera que, en síntesis, se exige la utilización de una norma de cobertura con abuso de normas jurídicas; la obtención de un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico con la vulneración de la norma defraudada, aunque no debe olvidarse que no toda irregularidad lleva aparejada el efecto de que se presume que la relación laboral de que, en cada caso, se trate lo sea por tiempo indefinido, sinó que ha de tratarse de una transgresión esencial de los requisitos del contrato de forma tal que pueda aseverarse la inexistencia de causa en relación con la temporalidad del mismo. Por otro lado sabido es que en el contrato para obra o servicio determinado el trabajador ha de ser destinado a la obra o servicio pactado y aún cuando no desnaturaliza la causa la asignación a obras distintas por períodos irrelevantes (Tribunal Supremo, 22.12.90) si el núcleo fundamental de la prestación de trabajo se ejecuta en otro centro o en servicio diverso el contrato ha de reputarse celebrado con carácter indefinido (Tribunal Supremo 30.09.86; 06.07.88).

Conviene tener en cuenta, asimismo, que los contratos de duración determinada recogidos en el artículo 15.1 del Estatuto de los Trabajadores son causales, en cuanto de conformidad con el mismo, sólo se podrán celebrar en los supuestos que se tipifican y así lo recoge la STS de 22 de diciembre de 1995 al señalar que “el válido acogimiento a la modalidad contractual correspondiente, requiere, en términos inexcusables, que concurra la causa objetiva específicamente prevista para cada una de ellas como justificativa de la temporalidad que le es propia, no basta con la voluntad acorde de las partes explícita en el contrato, pretendiendo someter a una de dichas modalidades temporales, sino que es

necesario dado el carácter causal de estas para ser viables las mismas, que concurren en la realidad las causas justificativas invocadas, al tratarse de normas de carácter necesario, generando derechos para el trabajador que escapan a su poder de disposición antes o después de ser adquiridos”, y que la referencia legal a la “realización de una obra o servicio determinado” supone o constituye la causa de la temporalidad para la que se necesita la prestación de servicios del trabajador lo que, sin duda, implica la consideración de que la obra o servicio concertado sea de índole eventual, por lo que, en consecuencia, tal modalidad contractual no es admisible para la ejecución de actividades normales y permanentes de la empresa (Tribunal Supremo, 26.09.85).

Así las cosas, entiende la Sala que en el presente supuesto, aún cuando a tenor de los contratos se determinaron suficientemente las obras o servicios objeto de aquéllos y que no resulta controvertido el hecho de que el actor prestó servicios en las obras para las que fue contratado, el análisis de las actuaciones permite llegar a la conclusión de la concurrencia, por parte de la empresa, de una actividad susceptible de constituir fraude de ley por cuanto, en el presente supuesto, aparece que el actor prestó sus servicios en un barco de la empresa denominado “A.P.”, con categoría profesional de mecánico reparador, habiendo llevado a cabo su trabajo a bordo del mismo durante el tiempo en que desarrolló sus labores para la entidad interpelada, siendo así que, estableciéndose en el contrato para “obra o servicio determinado” de 04.02.1996 que “el objeto del contrato es Dragado en el puerto de...”, se desprende de la certificación de la propia empresa de fecha 10.03.1998, obrante al folio 175 de los autos y recogida en el ordinal tercero de la resultancia fáctica en virtud de la revisión de dicho ordinal antes referida, que el meritado buque realizó las obras de dragado en el puerto de... “hasta el 11.03.96”, así como que el propio buque prestó servicios relativos a la regeneración de playas de la isla de... hasta el día “18.05.96” constando que el actor siempre estuvo en dicho buque y que, aunque no aparece determinada la fecha en que se hubiese iniciado efectivamente tal obra, sí aparece que el actor, según refleja la cartilla de embarque del folio 30, desembarcó en..., por “vacaciones”, el día 3 de mayo de 1996, lo que unido al hecho de que la empresa continuó cotizando a la Seguridad durante el período de tiempo que va de 11.03.96 a 31.05.96 - en 1 de junio de 1996 fue de nuevo contratado por la propia empresa bajo la misma modalidad contractual - sin que se evidencie cobertura contractual que ampare aquel lapso de tiempo ni la existencia de pacto que justificase la circunstancia de aparecer desembarcando en la antes citada localidad de... casi dos meses después de cesar en la actividad para la que había sido

contratado, permite aseverar que existe irregularidad en grado de entidad tal que genera la existencia de una transgresión esencial constitutiva de fraude en cuya virtud la relación laboral se trocó en indefinida y ello aunque con posterioridad se hubiesen celebrado otros tres contratos en base a la modalidad contractual de obra o servicio determinado; en consecuencia, con estimación del recurso articulado por M.G.S., deviene procedente la revocación de la sentencia de instancia condenando a la parte demandada en los términos que se dirá, con aplicación de lo dispuesto en el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores y sin perjuicio, en su caso, de lo establecido en el artículo 57 del propio texto legal.

Fallamos

Estimando el recurso articulado por M.G.S., contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de esta Ciudad de fecha 18 de septiembre de 1998, en autos nº 79/98, en los presentes autos sobre despido, debemos revocar y revocamos dicha sentencia y, con estimación de la demanda interpuesta por el referido actor, debemos declarar y declaramos la improcedencia de su despido y, en consecuencia, condenamos a la empresa demandada "T.T.M., SL" a que en el plazo de cinco días contados desde la notificación de esta resolución opte entre readmitir al trabajador o bien a abonarle la cantidad de seiscientas catorce mil ciento cincuenta y siete pesetas (614.157 pesetas) en concepto de indemnización, más la suma en ambos casos de los salarios dejados de percibir desde su despido a razón del salario diario de cuatro mil setecientas cincuenta y tres pesetas hasta la notificación de la presente sentencia, con aplicación en su caso de las previsiones del art. 56.1.b) y del artículo 57 del Estatuto de los Trabajadores.

2627 RECURSO Nº 398/99

S. S.

**DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE POR
FALTA DE GRAVIDADE DA
DESOBEDIENCIA OCORIDA, QUE
DETERMINA A CONDENA SOLIDARIA DO
GRUPO DE EMPRESAS EMPREGADOR.**

Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel A. Cadenas Sobreira

A Coruña, a once de marzo de mil novecientos noventa y nueve.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia,

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 398/99 interpuesto por las empresas "D. y F., S. L."; "A., S.A.", "V.P., S.A." y "C., S.A." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Uno de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don M.G.R. en reclamación de DESPIDO siendo demandado las empresas "D. y F., S.L.", "A., S.A.", "V.P., S.A." y "C., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 644/98 sentencia con fecha 9 de diciembre de 1998 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "**PRIMERO.-** El actor don M.G.R., vino prestando servicios para la Empresa "D. y F., S.L.", desde el 1 de diciembre de 1981 con la categoría profesional de Chofer y percibiendo un salario de 149.016 ptas. incluida prorrata de pagas extras. Es Delegado de personal perteneciente al Sindicato Comisiones Obreras. **SEGUNDO.-** En fecha 4 de setiembre de 1998 don A.D.V. le hace entrega de una comunicación -cuyo contenido por constar en autos se da por reproducido- por la que se procede a abrirle expediente disciplinario por la comisión de los hechos que en la misma se indica, quedando mientras se sustancia el expediente suspendido de funciones, sin perjuicio de mantener sus derechos retributivos y concediéndole un plazo de diez días para hacer alegaciones. Con fecha 01.09.98, envió escrito de alegaciones por correo certificado a las empresas "D. y F., S.L.", "A., S.A." y don A.D.V., la cual es recibida el día 15 del mismo mes. **TERCERO.-** En fecha 18 de setiembre de 1998, por don A.P.A., se le hace entrega de carta de despido del siguiente tenor literal: "... Con motivo de los hos graves hechos acaecidos en la madrugada de ayer, día 03.09.98, esta Empresa ha tomado la decisión de proceder a la apertura de expediente contradictorio, dada su condición de representante de los trabajadores, otorgándole un plazo de diez días hábiles a computar desde el siguiente a la recepción de la presente comunicación, al objeto que efectuase alegaciones sí a su derecho

conviniense, reservándose la Empresa el derecho a adoptar una posterior Resolución.- Asimismo, se le hace saber que durante la sustanciación del expediente y debido a la extrema gravedad de los hechos, queda suspendido de funciones sin perjuicio de mantener sus derechos retributivos.- Entiende esta Empresa que su conducta constituye un incumplimiento culpable y grave por indisciplina o desobediencia en el trabajo, a tener de lo prevenido por el art. 54.2.b) del Estatuto de los Trabajadores, y ello en base a los siguientes hechos: 1.- En la madrugada del día 03.09.98, el que suscribe, en compañía de don A.P.A. y de don C.T.D., conductor de esta Empresa, nos trasladamos hasta la localidad de..., al efecto de que detuvieran el autobús propiedad de la Empresa, matrícula OR-...-M., marca Pegaso, que era conducido por Vd. y por su compañero L.P.F., procedentes de.... El motivo de mi presencia en..., era darle la orden a Vd. y a su compañero de que detuvieran y abandonaran el vehículo, siendo relevados por otro compañero, todo ello al efecto de evitar que rebasaran Vds. el número máximo de horas de conducción permitido por la normativa vigente. 2.- Siendo las 05.05 horas del día 03.09.98, el autocar que Vds. conducían pasó por la localidad de..., en donde no se detuvieron a pesar de que les hice señas en ese sentido, tal y como podrán corroborar las personas que me acompañaban, ante lo cual, y en compañía de los citados Sr. P. y Sr. T., me vi obligado a seguir el autocar en un turismo desde... hasta la localidad de... (Portugal), donde Vd. y su compañero detuvieron el autobús. Durante dicho trayecto hablé con Vd. por medio de llamada al teléfono móvil, propiedad de la empresa, que Vd. portaba en el autocar, requiriéndole para que detuvieran el vehículo inmediatamente, haciendo caso omiso de dicha orden e insultándome (me dijo que era una "macaco"). 3.- Una vez detenido el autobús en..., les reiteré la orden de que debían de dejar el vehículo al compañero que les iba a relevar en las labores de conducción, manifestándoles asimismo, que serían trasladados a sus respectivos domicilios. Una vez más, desobedeciendo esta orden, se negaron a entregar el vehículo, diciendo que lo entregarían en..., cosa que tampoco llevaron a cabo, sino que fue en localidad de... (Portugal), donde entregaron el autobús al conductor que allí esperaba, L.F.G., que pasó a conducirlo desde ese momento. Estando el dicente en puente..., pude observar el paso del autocar (ya sin pasajeros), conducido por el citado L.F., acompañado por Vd. y por su compañero L.P., en dirección a..., ignorando si se dirigían a... (Ourense) o bien a Ourense capital.- Los hechos relatados denotan una clara actitud de rebeldía abierta y enfrentada a las órdenes recibidas, constituyendo un incumplimiento consciente e injustificado, que se ve agravado por el tipo de trabajo que Vd. realiza (transportes de viajeros por carretera), ya que en

caso de haberse producido un accidente, habiendo rebasado las horas de conducción legalmente establecidas, ello supondría un irreparable perjuicio para esta Empresa." CUARTO.- En la madrugada del día 3 de setiembre de 1998 don A.D.V., don A.P.A. y don C.T.D. -conductor de "D. y F., S.L."- se trasladaron hasta la localidad de... con objeto de parar el autobús de la empresa matrícula OR-...-M marca Pegaso, conducido por el actor y su compañero don L.P.F., procedentes de... y en servicio de viajeros, para que dichos conductores fueran relevados por otro con el fin de evitar que rebasaran el número máximo de horas de conducción permitidas.

Sobre las 5,05 horas el autobús mencionado pasó por delante de donde se encontraban las mencionadas personas, haciéndoles señas para que parase don A.D.V., sin que dicho autobús lo hiciera, no constando acreditado que tanto el conductor del vehículo como su compañero viesen a dichas personas, ni las señas que les hizo don A.D.V. En el trayecto hacia..., siguiendo el autobús por la autovía don A.D.V., habló con el actor, dándole orden de que detuvieran inmediatamente el vehículo, haciendo éste caso omiso de dicha orden. Al llegar a..., el actor y su compañero, se detuvieron delante de la furgoneta de la Empresa, donde no estaba nadie esperando, continuando viaje hacia Portugal. En... -después de haber parado con anterioridad en las inmediaciones de... y en...- pararon a tomar un café y al salir se les acercó el Sr. P.A., pidiéndoles la hoja de ruta, y dado que el Sr. D. les autorizó, se la entregaron, diciéndole el Sr. P.A. -como Administrador- que continuaran hasta puente... El actor y su compañero, continuaron hasta... en donde esperaba don L.F.G., socio de la empresa, quien se hizo cargo del vehículo. QUINTO.- don A.D.V., fue administrador único de la empresa "D. y F., S.L.", hasta que en fecha 24 de agosto de 1998, fue nombrado don A.P.A. La empresa "D. Y F., S.L.", tiene actualmente su domicilio en la calle... -antes 80-. "A., S.A.", fue constituida en fecha 31 de diciembre de 1986 mediante escritura Pública Notarial por don A.P.A., su esposa doña M.G.P., doña A.P.G. y don J.V.A. y su esposa doña M.P.P.G. Don A.P.A es Presidente del Consejo de Administración de dicha Sociedad y Consejero Delegado, siendo Secretario don J.V.A. y vocal doña M.P.P.G. que es también Consejero Delegado.

"V.P., S.A.", fue constituida en fecha 28 de marzo de 1987 por don J.V.A., doña M.P.P.G., doña M.B.V.P. y doña M.C.V.P., siendo presidente del Consejo de Administración don J.V.A., Secretario doña M.P.P.G. -Consejero Delegado- y vocales doña M.B. y doña M.C.V.P. -ésta última Consejero Delegado-. "C., S.A.", se constituyó mediante escritura pública notarial otorgada en fecha 27 de

mayo de 1987, siendo actualmente accionistas únicos de dicha empresa “A., S.A.”, siendo administradores solidarios de la misma don A.P.A. y doña M.P.P.G. Todas las escrituras referidas constan en autos y su contenido se da por reproducido. Las empresas “D. y F., S.L.”, “A., S.L.”, “V. P., S.L.” y “C., S.A.”, forman parte del grupo “A.”, teniendo todas ellas su domicilio en la calle..., nº... -antes...- Los vehículos de las empresas “C., S.A.”, “A., S.A.” y “D. y F., S.L.”, son guardados en la calle..., siendo frecuente que los trabajadores conduzcan vehículos de cualquiera de las empresas del grupo y reciban órdenes indistintamente del Sr. P. y otros. **SEXTO.-** En fecha 16 de octubre de 1998, se celebró Acto de Conciliación ante el SMAC, con resultado SIN AVENENCIA, presentando demanda el actor ante el juzgado de lo Social Decano, en fecha 20 de octubre de 1998.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que estimando la demanda formulada por don M.G.R., contra las empresas “D. y F., S.L.”, “A., S.A.”, “V.P., S.A” y “C., S.A.”, debo declarar y declaro IMPROCEDENTE el despido del actor, condenando conjunta y solidariamente a las empresas demandadas a que readmitan al actor inmediatamente en su puesto de trabajo, en iguales condiciones que antes del despido, o le abonen una indemnización de TRES MILLONES SETECIENTAS TREINTA Y CUATRO MIL TRESCIENTAS NOVENTA Y UNA PESETAS (3.734.391 ptas.), según opción que se concede al actor y que debe ejercitarse en este Juzgado en el plazo de cinco días, así como a que le abonen los salarios de tramitación desde la fecha del despido, hasta la de notificación de la presente Sentencia.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandada siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurren las empresas demandadas la sentencia que declara improcedente el despido del actor Sr. G.R., con sus consecuencias legales a cargo solidariamente de aquellas; y lo hacen en solicitud de su revocación y para que se declare procedente el despido adoptado por “D. y F., S.L.” y, en todo caso, absolviendo a las demás demandadas “por no existir relación laboral de las mismas con el demandante”. A tal efecto, el recurso articula los siguientes motivos: al amparo del art. 191.b) L.P.L., insta el recurso la revisión de los H.P. 4º y 5º; y al amparo del art. 191.c) L.P.L.,

denuncia las siguientes infracciones: del art. 54. 1 y 2.B E.T. y de la doctrina jurisprudencial contenida en las SS.T.S. de 19.03.90, 29.03.90, 28.11.89 y 28.12.89; del art. 24.C.E. arts. 76 y 77 L.P.L. y de la doctrina jurisprudencial sobre la existencia de “Grupo de Empresas”.

SEGUNDO.- Pide el recurso se revise el H.P. 4º para que se lleven a cabo en él las siguientes literales adiciones: “En el párrafo: “sobre las 5,05 horas el autobús... con el fin de que rebasaran el número máximo de horas de conducción permitidas. SE ADICIONE... Previamente, habían sido llamados al móvil del autobús por el compañero C.T. (facturas telefónicas folios 282 a 293). A dicha hora vieron en Ventas da Barreira un autobús que se aproximaba poniendo las luces de emergencia. Luego en... vieron al mismo coche que volvió a darles las luces y en ese momento fueron llamados por teléfono por el Sr. P. que les ordenó que se detuviesen y M.G. les respondió que no le entregaba el bus. En la frontera de... volvieron a cruzarse con el mercedes blanco, y tampoco se detuvieron siguiendo trayecto hasta... siendo seguidos por el coche blanco. Luego en... se les dio la orden de que entregaran el bus al Sr. P. en Ponte..., cosa que no hicieron continuando viaje hasta... (folios 62 a 69)

En el párrafo: “siguiendo al autobús por la autovía don A.D.V. habló con el actor SE ADICIONE... previamente el Sr. P., nuevo administrador de la empresa, les dio la orden de que detuvieran el autobús, haciendo los conductores caso omiso por no reconocer la autoridad del Sr P., por lo que dicha orden fue reiterada por don A.D.V., anterior administrador de la empresa...”(folios 62 a 69).

En el párrafo: “...en donde esperaba L.F.G., socio... SE ADICIONE... minoritario de la empresa y trabajador por cuenta ajena de la misma, y enfrentado al Sr. D.V. y a los demás socios en aquel momento como consecuencia del nombramiento del Sr. P. como nuevo administrador (folios 462 a 465)

No se admite la revisión.

El Juzgador de Instancia ostenta facultades de valoración de las pruebas practicadas (art. 97.2 L.P.L) y así lo hace en el Fundamento Jurídico 1º de la sentencia de instancia tomando en consideración las pruebas de confesión, testifical y demás practicadas. A partir de ello y de que sólo cabe revisar los H.P. (arts. 191.b) y 194.3 L.P.L.) por derivación de prueba documental o pericial que su especial fehacienda y fiabilidad acredite error patente en la valoración de las pruebas, ninguna de las invocadas en el motivo permite la modificación del H.D.P. 4º que pretende la parte recurrente.

De una forma un tanto confusa, se invocan en el motivo como pruebas al efecto las facturas telefónicas de los folios 282 a 293, los folios 62 a 69 (sin otras precisiones) y los folios 422 a 465, todo ello en un contexto argumental diverso en el que se citan los autos 603/98 seguidos por el mismo Juzgado de instancia por despido del trabajador que con el actor conducía el autocar de la empresa el día 03.09.98, L.P.F.; es más, a los folio 62 a 69 lo que obra es el acta del juicio celebrado en estos autos citados, por despido del trabajador L.P.F. En este contexto, cobra especial trascendencia el hecho de que al Tribunal le consta que en los autos tramitados por el despido del compañero del actor L.P., ya ha sido dictada sentencia por éste TSJ. en fecha 11.02.99 (Recurso nº 5.484/98), habiendo resuelto rechazar el recurso interpuesto por las empresas allí demandadas (las sociedades aquí recurrentes) y confirmar la declaración de despido improcedente que había decidido el Juzgado nº 1 de Ourense en autos nº 603/98.

Con tales presupuestos, proceden las siguientes definitivas consideraciones en torno a la revisión propuesta:

A) La documental de los folios 62 a 69, al contener el acta de juicio de los autos de despido del compañero del actor L.P.F., no constituye prueba apta para revisar los HP en este proceso, afectante a un demandante que aunque hubiera sido testigo, no fue parte en aquel proceso; máxime cuando la confesión y/o la testifical practicadas en dicho proceso siguen siendo tales aunque se plasmen en el acta de juicio, que en este aspecto no funciona como documento potencialmente revisor sino como medio de plasmación y constatación de las pruebas practicadas, de modo que aquéllas en absoluto serían pruebas aptas para fundar una revisión de los HP.

Pero es que, en todo caso, respecto de la referida prueba practicada en los autos 603/98 del Juzgado nº 1 de Ourense, habrá de estarse a lo valorado por el órgano judicial que resolvió la pretensión allí formulada por un compañero del actor. Y resulta que en la sentencia dictada en la instancia en tal proceso se declare en el HP 3º que “en la madrugada del día 03.09.98... sobre las 5.05 horas el autobús mencionado pasó por delante de donde se encontraban estacionadas las mencionadas personas, haciéndoles señas para que parase... no constando acreditado que tanto el conductor del vehículo como su compañero (es decir, el aquí actor M.G.R.) vieran a dichas personas...”; y en la sentencia que dictó éste T.S.J. resolviendo la suplicación interpuesta por las empresas condenadas se mantiene en sus propios términos mencionado HP 3º, rechazando el Tribunal la

revisión pretendida de tal HP en los siguientes términos: “no es adecuado adicionar el HP 3º, en el sentido pretendido, para justificar la versión de las empresas, acerca de lo sucedido en la madrugada del día 03.09.98, dado que las facturas telefónicas, que cita en su apoyo, no son suficientes, por sí solas, para llegar a las conclusiones pretendidas, y la confesión judicial y la declaraciones testificales que mencionan, también en su apoyo...”

B) Las facturas telefónicas que se invocan, desconectadas de otros apoyos probatorios admisibles, no son adecuadas y suficientes para acreditar lo pretendido por la empresa en aquello que resultaría realmente trascendente; como ya consideré la sentencia de este Tribunal antes mencionada. Al igual que el resto probatorio y demás argumentado (en concreto, a los folios 461 a 465 lo que obra es la papeleta de conciliación ante el SMAC formulada por despido por L.F.G., cuya capacidad probatoria a los efectos pretendidos es prácticamente nula), evidenciándose en todo caso la falta de prueba oportuna para desplazar el imparcial criterio judicial que llevó al HDP 4º y que por lo razonado y al estar fundado probatoriamente y no revelarse error de valoración a través de las vías legales e imprescindibles, debe ser mantendio.

Y C) Por último, significar respecto a la adición relativa a que L.F.G. sea socio minoritario de la empresa y trabajador..., con mención final de los folios 462 a 465, que en lo sustancial ya se recoge en el Fundamento Jurídico 2º de la sentencia de instancia y a cuyos términos ha de estarse, pues aunque en lugar inadecuado, ello no priva a lo allí recogido de su carácter propio de HDP. En dicho fundamento jurídico se puede leer: “... a don L.F.G. en..., debe tenerse en cuenta que el citado Sr... era socio de la empresa... Ciertamente lo que se produce y se deduce del contenido de la escritura pública de fecha 04.09.98 (f. 319 y ss.) es un enfrentamiento entre don L.F.G. y los demás socios como consecuencia del nombramiento de administrador único de don A.P.A....”.

TERCERO.- También pide el recurso la revisión del H.P. 5º a fin de que se suprima en él, por prejuzgar o predeterminar el pronunciamiento, la expresión “...forman parte del grupo “A.”. La revisión, aunque a la postre intrascendente, prospera, ya que aquella expresión, al discutirse en el proceso la existencia de un “grupo de empresas”, presenta un carácter esencialmente jurídico conclusivo-valorativo, al que como tal debe llegarse a través de las oportunas consideraciones jurídicas y a partir de los hechos probados.

CUARTO.- Al amparo del art. 191.c) L.P.L. se denuncia la infracción del art. 54.1 y 2.b) E.T. y de

cierta jurisprudencia; y ello para sostener, en definitiva, que se está “ante un acto de indisciplina muy grave dada no sólo la actitud de rebeldía abierta y enfrentada contra las órdenes recibidas, sino que, la desobediencia fue consciente y querida...”

Evidentemente, la infracción que se denuncia debe examinarse a partir de la conducta del actor acreditada en el proceso (en relación a lo a él imputado en la carta de despido). Y lo declarado probado al respecto es lo siguiente: con una prestación de servicios por parte del actor definida en el HP. 1º, en la madrugada del día 3/9/98 conducían el autocar de la empresa OR....-M el actor y su compañero L.P.F. procedentes de... y en servicio de viajeros; con objeto de interceptarlos para que ambos conductores fueran relevados por otros y así no rebasaran el nº máximo de horas de conducción permitidas, A.D., A.P. y C.T. se trasladaron a...; sobre las 5,05 horas aquel autobús pasó por delante de estas citadas personas, quienes hicieron señas para que parase sin que el autobús lo hiciera “no constando acreditado -H.P.4º- que tanto el conductor del vehículo como su compañero viesen a dichas personas...”; en el trayecto hacia..., A.D. habló con el actor, dándole orden de parar el vehículo, lo que no hizo, deteniéndose sin embargo el actor y su compañero en... ante una furgoneta de la empresa “donde no estaba nadie esperando, continuando viaje hacia...”(H.P.4º); acto seguido y tras otras dos paradas previas, actor y su compañero se detuvieron en..., en cuyo lugar A.P. se les acercó y les pidió Hoja de Ruta, diciéndoles, como nuevo administrador, que continuaran hasta Puente...; el actor y su compañero continuaron hasta..., donde esperaba L.F.G., socio (minoritario) de la empresa y que había tenido cierto enfrentamiento con los otros socios por el nombramiento como administrador de A.P., quien se hizo cargo del autocar.

De todo ello, también valorando de modo oportuno el resto de los HP de la sentencia recurrida, el Tribunal concluye que se ajusta a derecho la conclusión a la que llega el Juzgador de Instancia (Ftº Jurídico 2º) de que aún existiendo una desobediencia del actor “ante la orden que le da don A.D.V. de que parase el vehículo en la autovía”, la misma no puede considerarse grave, de tal manera que el despido acordado ha de ser calificado de improcedente, dado que la procedencia exigiría, arts. 54 y 55.4 E.T., un incumplimiento grave y culpable por parte del trabajador.

Y es que a partir de que en el recurso se viene a argumentar la existencia de la gravedad y culpabilidad precisas desde la perspectiva de unos hechos que no son exactamente los de la sentencia

de instancia, pues la revisión del HP 4º no ha sido admitida, en el caso presente la conducta acreditada del actor no puede ser constitutiva de un despido procedente; como tampoco lo fue la del compañero que con él conducía el autocar en la ocasión de autos según sentencia de este Tribunal dictada en 11.02.99, que confirmó la dictada por el Juzgado.

Si bien aparece el actor haciendo caso omiso de la orden de parar el vehículo en la autovía que le dio A.D.V., es lo cierto que, en el contexto que en cuanto a las horas de conducción se hace constar en el Ftº Jurídico 2º de la sentencia recurrida, actor y compañero se detuvieron en... y continuaron viaje a... al no haber nadie de la empresa esperándolos, lo que no guarda la debida armonía y coherencia con la orden precedente; pero es que cuando el autocar se detiene posteriormente en..., el propio Sr. P. les pide hoja de ruta y les dice que continúen hasta “Puente...”, haciéndolo así el actor y su compañero, aunque por razones que no constan y que no dejan entrever desobediencia valorable disciplinariamente, es lo cierto que siguieron hasta..., en donde esperaba un socio de la Empresa, L.F.G., quien se hizo cargo del vehículo; lo cual tampoco supone nada censurable, pues se trataba de un socio de la empresa y trabajador de la misma y cuyo enfrentamiento con otros socios era cuestión ajena al actor; por otra parte y como señala el Juzgador Instancia, por esta conducta dicha, L.F.G. no fue sancionado como trabajador que también era de la empresa.

En definitiva, por las razones dichas, y por las consideraciones que al respecto se contienen en el Ftº Jurídico 2º de la sentencia de instancia, en absoluto desvirtuadas a través de las argumentaciones del recurso, el Tribunal concluye la inexistencia de una infracción grave y culpable por parte del actor, de tal manera que su despido está correctamente declarado como improcedente por la sentencia recurrida, que no ha infringido el art. 54.1 y 2.b) E.T. y doctrina jurisprudencial, como le achacaba el recurso al amparo del art. 191.c) L.P.L.

QUINTO.- Tampoco puede prosperar el motivo de recurso que denuncia infracción legal en torno a la existencia de un “grupo de empresas” en el caso de autos.

La sentencia recurrida, a partir del HP 5º, razona lo oportuno en torno a la existencia de un grupo de empresas entre las demandadas, lo que propicia su responsabilidad solidaria frente al despido improcedente del actor; y lo hace de manera en absoluto desvirtuada por los argumentos del recurso. Es más, la sentencia que dictó este Tribunal en fecha 11.02.99 conociendo del recurso interpuesto contra la sentencia que declaró

improcedente el despido del compañero del actor en la ocasión de autos, L.P.F., rechazó la argumentación de las aquí recurrentes en función de la cual sostenían que no constituyan un grupo de empresa, razonando al efecto en forma también aplicable aquí y ahora dada la identidad de la problemática planteada.

Abundando en tales argumentos, recordar que este Tribunal en Sentencias como la de 15.10.97 se ha hecho eco de que si bien los meros vínculos accionariales, funcionales o de gestión no alteran por sí mismos la configuración individual y personalidad de cada una de las sociedades debidamente constituidas como tales, procede “levantar el velo” de la personalidad jurídica y extender la responsabilidad empresarial más allá de la sociedad contratante cuando concurren determinados elementos tales como, con la S. Tribunal Supremo de 30.06.93, los siguientes:

*Primero, la prestación de servicios para las diversas empresas, bien en forma simultánea e indiferenciadas (SSTCT 29 marzo 1978, 6 mayo 1981 y 8 junio 1988), o bien de manera alternativa (SSTCT 4 noviembre 1981 RTCT 1981, 6.441 y 9 julio 1982, así como STS 1 junio 1978, 2.247), o también sucesivamente por mor de contratos encadenados (SSTCT 3 febrero 1984 RTCT 1984, 939 14 octubre 1986 RTCT 1986, 9.473 y 27 marzo 1987 RTCT 1987, 6.699).

*Segundo, la superposición de Empresas en el circuito rector de las decisiones, de manera que exista una actuación y dirección unitaria del Grupo o conjunto de Empresas, agrupadas, bajo unas mismas coordenadas y dictados (STS 5 marzo 1985 RJ 1985, 1.274; STCT 4 julio 1987 RTCT 1987, 6.053);

*Tercero, la amplia comunicación o trasvase entre los diversos patrimonios sociales, que produce entre ellos una situación de confusión y que influya en situaciones de crisis afectante a alguna de las empresas del Grupo (SSTS 11 diciembre 1985 y 10 de noviembre 1987 RJ 1987, 7.838;

*Cuarto, la existencia de una apariencia externa unitaria, que justifica la responsabilidad global del Grupo, en aras a la seguridad jurídica y al principio de quien crea una apariencia verosímil se halla obligado frente a los que de buena fe aceptan tal apariencia como una realidad (SSTS 8 octubre 1987 RJ 1987, 6.973, 10 noviembre 1987, 12 julio 1988 y 22 diciembre 1989, 9.073); y

*Quinto, la utilización abusiva o fraudulenta de la personalidad jurídica independiente de cada una de las empresas, con perjuicio de las garantías de los

trabajadores (en general y más recientemente, la SSTS 30 enero 1990 RJ 1990, 233...).

En el caso presente, conforme a lo que se refleja en el HP 5º y Ftº. Jurídico 3º de la sentencia recurrida, aparte de la composición del accionariado de las sociedades, consta que las demandadas tienen el mismo domicilio y se anuncian y titulan públicamente como “grupo” en la forma que aparece a los folios 79 y siguientes y 452; guardan sus vehículos en el mismo lugar; es frecuente que los trabajadores conduzcan vehículos de cualquiera de las empresas y reciban indistintamente órdenes del actual administrador Sr. P. o de otros... En definitiva, son correctos los razonamientos de la sentencia de instancia, ajustándose a derecho su conclusión de que las sociedades demandadas conforman un grupo empresarial que propicia la responsabilidad solidaria de todas ellas.

SEXTO.- Por todas las consideraciones precedentes se desestima el recurso y se confirma la sentencia de instancia; con costas en los términos del art. 233 L.P.L.

Fallamos

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por las empresas demandadas “D. y F., S.L.”, “A., S.A.”, “V.P., S.A.” y “C., S.A.” contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Ourense el día 09.12.98 en autos tramitados por despido bajo el nº 644/98 a instancias de don M.G.R., confirmamos dicha sentencia.

2628 RECURSO N° 95/99

S. S.

IMPROCEDENCIA DE EXAMINAR COMO UNIDADE UNHA SERIE DE CONTRATOS TEMPORAIS ENCADEADOS, CANDO EXISTE SOLUCIÓN DE CONTINUIDADE ENTRE ELES, EN PREITO POR DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio J. García Amor

A Coruña, a dieciséis de marzo de mil novecientos noventa y nueve.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia,

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 95/99 interpuesto por “E., S.A.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Uno de Santiago de Compostela.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña M.A.R.P. y otros en reclamación de DESPIDO siendo demandado “E., S.A.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 544/98 sentencia con fecha doce de noviembre de mil novecientos noventa y ocho por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “Primero.- Que las actoras prestaban sus servicios por cuenta y bajo la dependencia de la demandada “E., S.A.”, dedicada a la actividad de Conservera y con domicilio en..., con las siguientes antigüedades, categorías profesionales y salarios con inclusión del prorratoe de pagas extras: doña M.A.R.P.: antigüedad de catorce de enero de mil novecientos setenta y cuatro, categoría de Auxiliar y salario de ciento diez mil cuatrocientas sesenta pesetas (110.460 pts), realizando funciones de limpieza de pescado; doña C.G.Q.: antigüedad de veintisiete de marzo de mil novecientos ochenta y cuatro, categoría de Auxiliar y salario de ciento diez mil cuatrocientas sesenta pesetas (110.460 pts), realizando funciones de revisora de empaquetado; doña M.C.V.O.: antigüedad de uno de octubre de mil novecientos ochenta y cuatro, categoría de Auxiliar y salario de ciento diez mil cuatrocientas sesenta pesetas (110.460 pts), realizando funciones en la sección de lavadoras; doña A.M.R.R.: antigüedad de siete de octubre de mil novecientos ochenta y cinco, categoría de Auxiliar y salario de ciento diez mil cuatrocientas sesenta pesetas (110.460 pts), realizando funciones en la sección de cierre de latas; doña D.R.P.: uno de octubre de mil novecientos ochenta y seis, categoría de Auxiliar y salario de ciento diez mil cuatrocientas sesenta pesetas (110.460 pts), realizando funciones de limpieza de pescado; M.C.F.F.: antigüedad de veintiséis de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho, categoría de Auxiliar y salario de ciento

diez mil cuatrocientas ; sesenta pesetas (110.460 pts), realizando funciones en la sección de cierre de latas; doña D.H.V.: antigüedad de quince de junio de mil novecientos noventa y dos, categoría de Auxiliar y salario de ciento diez mil cuatrocientas sesenta pesetas (110.460 pts), realizando funciones de limpieza de pescado; doña M.M.F.Y.: antigüedad de quince de junio de mil novecientos noventa y dos, categoría de Auxiliar y salario de ciento diez mil cuatrocientas sesenta pesetas (110.460 pts), realizando funciones de limpieza de pescado; y doña J.T.F.: antigüedad de tres de agosto de mil novecientos noventa y dos; categoría de Auxiliar y salario de ciento diez mil cuatrocientas sesenta pesetas 10.460 pts), realizando funciones de limpieza de pescado./ Segundo.- Que ninguna de las actoras percibe dentro de sus retribuciones cantidades por el concepto de antigüedad./Tercero.- Que las actoras prestaron servicios en los siguientes periodos: doña M.A.R.P.: ciento setenta y nueve días del catorce de enero de mil novecientos setenta y cuatro al once de julio de mil novecientos setenta y cuatro; ciento veintiséis días del catorce de agosto de mil novecientos setenta y cuatro al diecisiete de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro; setenta y cinco días del diecisiete de octubre de mil novecientos ochenta y tres al treinta de diciembre de mil novecientos ochenta y tres; trescientas veintisiete días del seis de febrero de mil novecientos ochenta y cuatro al veintiocho de diciembre de mil novecientos ochenta y cuatro; trescientos treinta y ocho días del veintiocho de enero de mil novecientos ochenta y cinco al treinta y uno de diciembre de mil novecientos ochenta y cinco; trescientos veintiocho días del tres de marzo de mil novecientos ochenta y seis al veinticuatro de enero de mil novecientos ochenta y siete; trescientos cinco días del dos de marzo de mil novecientos ochenta y siete al treinta y uno de diciembre de mil novecientos ochenta y siete; doscientos noventa y tres días del catorce de marzo de mil novecientos ochenta y ocho al treinta y uno de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho; sesenta y un días del dieciocho de enero de mil novecientos ochenta y nueve al diecinueve de marzo de mil novecientos ochenta y nueve; doscientos setenta y siete días del veintiocho de marzo de mil novecientos ochenta y nueve al veintinueve de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve; trescientos veinte días del cinco de febrero de mil novecientos noventa al veintiuno de diciembre de mil novecientos noventa; trescientos treinta y cuatro días del veintiuno de enero de mil novecientos noventa y uno al veinte de diciembre de mil novecientos noventa y uno; trescientos veintidós días del veintisiete de enero de mil novecientos noventa y dos al trece de diciembre de mil novecientos noventa y dos; trescientos treinta y seis días del veinticinco de enero de mil novecientos noventa y tres al veintiséis de

diciembre de mil novecientos noventa y tres; setecientos un días del veinticuatro de enero de mil novecientos noventa y cuatro al veinticinco de diciembre de mil novecientos noventa y cinco; y novecientos once días del veintidós de enero de mil novecientos noventa y seis al veinte de julio de mil novecientos noventa y ocho. Doña C.G.Q.: doscientos setenta y siete días del veintisiete de marzo de mil novecientos ochenta y cuatro al veintiocho de diciembre de mil novecientos ochenta y cuatro; veinticinco días del veintiocho de enero de mil novecientos ochenta y cinco al veintiuno de febrero de mil novecientos cincuenta y ocho; ciento ochenta y cuatro días del uno de marzo de mil novecientos ochenta y cinco al treinta y uno de agosto de mil novecientos ochenta y cinco; noventa y nueve días del diez de septiembre de mil novecientos ochenta y cinco al diecisiete de diciembre de mil novecientos ochenta y cinco; trescientos veintiocho días del tres de marzo de mil novecientos ochenta y seis al veinticuatro de enero de mil novecientos ochenta y siete; trescientos cinco días del dos de marzo de mil novecientos ochenta y siete al treinta y uno de diciembre de mil novecientos ochenta y siete; doscientos noventa y tres días del catorce de marzo de mil novecientos ochenta y ocho al treinta y uno de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho; sesenta y un días del dieciocho de enero de mil novecientos ochenta y nueve al diecinueve de marzo de mil novecientos ochenta y nueve; doscientos setenta y siete días del veintiocho de marzo de mil novecientos ochenta y nueve al veintinueve de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve; trescientos veinte días del cinco de febrero de mil novecientos noventa al veintiuno de diciembre de mil novecientos noventa; trescientas treinta y cuatro días del veintiduo de enero de mil novecientos noventa y uno al veinte de diciembre de mil novecientos noventa y uno; trescientos cuarenta días del veintisiete de enero de mil novecientos noventa y dos al trece de diciembre de mil novecientos noventa y dos; trescientos cuarenta días del veintiduo de enero de mil novecientos noventa y tres al veinte de diciembre de mil novecientos noventa y tres; seiscientos diecisiete días del dieciocho de abril de mil novecientos noventa y cuatro al veinticinco de diciembre de mil novecientos noventa y cinco; y novecientos once días del veintiduo de enero de mil novecientos noventa y seis al veinte de julio de mil novecientos noventa y ocho. Doña M.C.V.O.: ochenta y nueve días del uno de octubre de mil novecientos ochenta y cuatro al veintiocho de diciembre de mil novecientos ochenta y cuatro; trescientos treinta y ocho días del veintiocho de enero de mil novecientos ochenta y cinco al treinta y uno de diciembre de mil novecientos ochenta y cinco; trescientos veinte días del tres de marzo de mil novecientos ochenta y seis al diecisésis de enero de

mil novecientos setenta y uno; trescientos cinco días del dos de marzo de mil novecientos ochenta y siete al treinta y uno de diciembre de mil novecientos ochenta y siete; doscientos noventa y tres días del catorce de marzo de mil novecientos ochenta y ocho al treinta y uno de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho; sesenta y un días del dieciocho de enero de mil novecientos ochenta y nueve al diecinueve de marzo de mil novecientos ochenta y nueve; trescientos veinte días del cinco de febrero de mil novecientos noventa al veintiuno de diciembre de mil novecientos noventa; trescientas treinta y ocho días del veintiduo de enero de mil novecientos noventa y uno al veinticuatro de diciembre de mil novecientos noventa y uno; trescientos veintidós días del veintisiete de enero de mil novecientos noventa y dos al trece de diciembre de mil novecientos noventa y dos; trescientos cuarenta días del veinticinco de enero de mil novecientos noventa y tres al treinta de diciembre de mil novecientos noventa y tres; setecientos un días del veinticuatro de enero de mil novecientos noventa y cuatro al veinticinco de diciembre de mil novecientos noventa y cinco; y novecientos once días del veintidós de enero de mil novecientos noventa y seis al veinte de julio de mil novecientos noventa y ocho. Doña A.M.R.R.: ochenta y seis días del siete de octubre de mil novecientos ochenta y cinco al treinta y uno de diciembre de mil novecientos ochenta y cinco; ciento dieciséis días del uno de octubre de mil novecientos ochenta y seis al veinticuatro de enero de mil novecientos ochenta y siete; doscientos noventa y un días del dieciséis de marzo de mil novecientos ochenta y siete al treinta y uno de diciembre de mil novecientos ochenta y siete; doscientos cincuenta y ocho días del dieciocho de abril de mil novecientos ochenta y ocho al treinta y uno de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho; sesenta y un días del dieciocho de enero de mil novecientos ochenta y nueve al diecinueve de marzo de mil novecientos ochenta y nueve; doscientos setenta y siete días del veintiocho de marzo de mil novecientos ochenta y nueve al veintinueve de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve; trescientos veinte días del cinco de febrero de mil novecientos noventa al veintiuno de diciembre de mil novecientos noventa; ciento setenta y tres días del uno de julio de mil novecientos noventa y uno al veinte de diciembre de mil novecientos noventa y uno; trescientos veintidós días del veintisiete de enero de mil novecientos noventa y dos al trece de diciembre de mil novecientos noventa y dos; trescientas treinta y nueve días del veinticinco de enero de mil novecientos noventa y tres al veintinueve de diciembre de mil novecientos noventa y tres;

setecientos dos días del veinticuatro de enero de mil novecientos noventa y cuatro al veintiséis de diciembre de mil novecientos noventa y cinco; y novecientos once días del veintidós de enero de mil novecientos noventa y seis al veinte de julio de mil novecientos noventa y ocho. Doña M.D.R.P.: ciento veintitrés días del uno de octubre de mil novecientos ochenta y seis al treinta y uno de enero de mil novecientos ochenta y siete; doscientos setenta días del seis de abril de mil novecientos ochenta y siete al treinta y uno de diciembre de mil novecientos ochenta y siete; doscientos nueve días del seis de junio de mil novecientos ochenta y ocho al treinta y uno de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho; sesenta y dos días del diecisiete de enero de mil novecientos ochenta y nueve al diecinueve de marzo de mil novecientos ochenta y nueve; trescientos veintiún días del diez de abril de mil novecientos ochenta y nueve al veinticuatro de febrero de mil novecientos noventa; un día del treinta de marzo de mil novecientos noventa al treinta de marzo de mil novecientos noventa; doscientos noventa y nueve días del diecinueve de febrero de mil novecientos noventa y dos al trece de diciembre de mil novecientos noventa y dos; seiscientas noventa y cinco días del veintinueve de marzo de mil novecientos noventa y tres al veintiuno de febrero de mil novecientos noventa y cinco; doscientos treinta y tres días del veinticuatro de abril de mil novecientos noventa y cinco al doce de diciembre de mil novecientos noventa y cinco; y ochocientos sesenta y tres días del diecinueve de marzo de mil novecientos noventa y seis al veinte de julio de mil novecientos noventa y ocho. Doña M.C.F.F.: trescientos sesenta y nueve días del veintiséis de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho al veintinueve de septiembre de mil novecientos noventa y dos; ochenta y dos días del nueve de octubre de mil novecientos ochenta y nueve al veintinueve de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve; doscientos noventa y nueve días del veintiséis de febrero de mil novecientos noventa al veintiuno de diciembre de mil novecientos noventa; trescientos tres días del veinticinco de febrero de mil novecientos noventa y uno al veinticuatro de diciembre de mil novecientos noventa y uno; trescientos veintidós días del veintisiete de enero de mil novecientos noventa y dos al trece de diciembre de mil novecientos noventa y dos; trescientos treinta y dos días del uno de febrero de mil novecientos noventa y tres al veintinueve de diciembre de mil novecientos noventa y tres; setecientos dos días del veinticuatro de enero de mil novecientos noventa y cuatro al veintiséis de diciembre de mil novecientos noventa y cinco; y novecientos once días del veintidós de enero de mil novecientos noventa y seis al veinte de julio de mil novecientos noventa y ocho. Doña D.H.V.: ciento ochenta y dos días del quince de junio de mil novecientos noventa y dos al trece de

diciembre de mil novecientos noventa y dos; trescientos treinta y seis días del veinticinco de enero de mil novecientos noventa y tres al veintiséis de diciembre de mil novecientos noventa y tres; setecientos un días del veinticuatro de enero de mil novecientos noventa y cuatro al veinticinco de diciembre de mil novecientos noventa y cinco; trescientos catorce días del veintidós de enero de mil novecientos noventa y seis al treinta de noviembre de mil novecientos noventa y seis; y quinientos cuarenta y cuatro días del veintitrés de enero de mil novecientos noventa y siete al veinte de julio de mil novecientos noventa y ocho. Doña M.M.F.Y.: ciento ochenta y dos días del quince de junio de mil novecientos noventa y dos al trece de diciembre de mil novecientos noventa y dos; trescientos treinta y seis días del veinticinco de enero de mil novecientos noventa y tres al veintiséis de diciembre de mil novecientos noventa y tres; setecientos un días del veinticuatro de enero de mil novecientos noventa y cuatro al veinticinco de diciembre de mil novecientos noventa y cinco; y novecientos diecinueve días del veintidós de enero de mil novecientos noventa y seis al veinte de julio de mil novecientos noventa y ocho. Doña J.T.F.: ciento treinta y tres días del tres de agosto de mil novecientos noventa y dos al trece de diciembre de mil novecientos noventa y dos; trescientos treinta y seis días del veinticinco de enero de mil novecientos noventa y tres al veintiséis de diciembre de mil novecientos noventa y tres; setecientos un días del veinticuatro de enero de mil novecientos noventa y cuatro al veinticinco de diciembre de mil novecientos noventa y cinco; y novecientos diecinueve días del veintidós de enero de mil novecientos noventa y seis al veinte de julio de mil novecientos noventa y ocho. Estando siempre vinculadas por contratos de obra o servicio determinado, fijándose como objeto de los contratos la realización de la campaña de túnidos, o el trabajo de la obrera para la realización de tareas de fabricación y excepcionalmente sin que conste objeto o fijándose como tal la duración de la campaña del mejillón./Cuarto.- Que en fecha seis de julio de mil novecientos noventa y ocho la empresa demandada remitió cartas a las actoras en las que les indicaba que en fecha veinte de julio de mil novecientos noventa y ocho finalizaba su contrato de trabajo, debiendo de cesar al finalizar la jornada de ese día, cesando las actoras y siendo dadas de baja en la Seguridad Social./Quinto.- Que las actoras no han ostentado la condición de representantes legales o sindicales de los trabajadores en el año inmediatamente anterior a la fecha del cese./Sexto.- Que la factoría sita en..., en la que prestaban servicios las actoras, no cierra en todo el año ni detiene la producción, salvo en breves períodos en los meses de diciembre o enero para realizar trabajos de mantenimiento de maquinaria, balances, etc., empleando entre 300 y

400 personas, de las que sólo una minoría son fijas discontinuas./Séptimo.- Que en fecha veintiuno de agosto de mil novecientos noventa y ocho tuvo lugar el preceptivo acto de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación, con el resultado de intentado sin efecto por incomparecencia de la empresa demandada.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que estimando la demanda formulada por doña M.A.R.P., doña C.G.Q., doña M.C.V.O., doña A.M.R.R., doña D.R.P., M.C.F.F., doña D.H.V., doña M.M.F.Y., y doña J.T.F., contra la empresa “E., S.A.”, debía de declarar y declaraba la improcedencia de los despidos efectuados, condenando a la empresa demandada a estar y pasar por esta declaración y a que, a que opte, en término de cinco días, a contar desde el siguiente al de la notificación de esta sentencia, entre readmitir a las actoras en sus puestos de trabajo y en las mismas condiciones que tenían antes del despido, o abonarles las correspondientes INDEMNIZACIONES, en la siguiente cuantía: a doña M.A.R.P., la de dos millones quinientas noventa y cinco mil quinientas una pesetas (2.595.501 pts); doña C.G.Q. la de dos millones quinientas diecisiete mil novecientas treinta pesetas (2.517.930 pts); a doña M.C.V.O. la de dos millones cuatrocientas veintiséis mil ochocientas sesenta y ocho pesetas (2.426.868 pts); a doña A.M.R.R. la de dos millones cuarenta y dos mil setecientas cincuenta y siete pesetas (2.042.757 pts); a doña D.R.P. la de un millón setecientas veintiséis mil novecientas setenta pesetas 1.726.970 pts); a doña M.C.F.F. la de un millón seiscientas noventa y ocho mil ochocientas noventa y ocho pesetas (1.698.898 pts); a doña D.H.V. y doña M.M.F.Y., la de un millón veinticinco mil ciento quince pesetas (1.025.115 pts) a cada una de ellas y a doña J.T.F. la de un millón tres mil novecientas veintidós pesetas (1.003.922, pts), y a que les abone, en cualquier caso, las siguientes cantidades en concepto de SALARIOS DE TRAMITACIÓN: a doña M.A.R.P., doña C.G.Q. y doña M.C.V.O. la de cuatrocientas cuarenta y nueve mil cuatrocientas veinte pesetas (449.420 pts), en concepto de salarios de tramitación devengados hasta el día de la fecha, más el haber diario de tres mil novecientas ocho pesetas (3.908 pts) desde esta fecha hasta el día de notificación de la sentencia, a cada una de ellas; a doña A.M.R.R. y a doña M.C.F.F. la de cuatrocientas cuarenta y dos mil cuatrocientas cinco pesetas (442.405 pts), en concepto de salarios de tramitación devengados hasta el día de la fecha, más el haber diario de tres mil ochocientas cuarenta y siete pesetas (3.847 pts) desde esta fecha hasta el día de notificación de la sentencia, a cada una de ellas; a doña D.H.V., doña M.M.F.Y. y a doña J.T.F. la de cuatrocientas veintinueve mil

setecientas cincuenta y cinco pesetas (429.755 pts), en concepto de salarios de tramitación devengados hasta el día de la fecha, más el haber diario de tres mil setecientas treinta y siete pesetas (3.737 pts) desde esta fecha hasta el día de notificación de la sentencia, a cada una de ellas; y a doña D.R.P. la de cuatrocientas treinta y seis mil ochenta pesetas (436.080 pts), en concepto de salarios de tramitación devengados hasta el día de la fecha, más el haber diario de tres mil setecientas noventa y dos pesetas (3.792 pts) desde esta fecha hasta el día de notificación de la sentencia, imponiendo a la demandada sanción penuniaria en cuantía de treinta mil pesetas (30.000 pts) y condenándola al pago de idéntica cantidad, en concepto de honorarios de la Letrada de la parte actora.

Con fecha 27.11.98 se dictó Auto de aclaración cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: Que debía aclarar y claraba el Hecho Probado Tercero en el sentido de que debe decir: en el párrafo correspondiente a C.G.Q., “...veinticinco días del veintiocho de enero de mil novecientos ochenta y cinco al veintiuno de febrero de mil novecientos ochenta y cinco...” y “...novecientos once días del veintidós de enero de mil novecientos noventa y seis al veinte de julio de mil novecientos noventa y ocho”. En el párrafo correspondiente a M.C.V.O. “...trescientos veinte días del tres de marzo de mil novecientos ochenta y seis al dieciséis de enero de mil novecientos ochenta y siete...”, manteniéndose todos los demás pronunciamientos de la sentencia.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandada siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- “E., S.A.” recurre la Sentencia de instancia que declaró la improcedencia de los despidos de las trabajadoras demandantes, e interesa con amparo procesal correcto, la revisión de los hechos probados y el examen del derecho que contiene tal pronunciamiento, con el fin de limitar las consecuencias de dicha declaración al último contrato suscrito con cada una de aquéllas.

En el ámbito histórico, interesa:

A) Con base en los folios 73 a 117 y 119 a 245 y con relación al hecho probado 1º, que consigna la categoría, salario y “antigüedad” de las actoras, propone: a) Fijar como fecha de antigüedad el 22-enero-96 respecto de las Sras. R.P., G.Q., V.O., R.R., F.F., F.Y. y T.F., el 19-marzo-96 respecto de la Sra. R.P. y el 23-enero-97 respecto de la Sra.

H.V. b) Fijar el salario prorrteado de cada una de ellas en 72.000 pesetas. Sin perjuicio de lo que después se dirá, la pretensión no es aceptable:

1) Respecto de la antigüedad porque, aparte de suponer un concepto a establecer en sede jurídica y aunque el hecho impugnado lo recoge con tal denominación, en realidad señala la fecha en que por vez primera cada una de las actoras prestó servicios para la demandada, conclusión que ratifican tanto el hecho probado 3º, que al concretar los diversos períodos de trabajo reproduce iguales fechas, como el fundamento de derecho 2º, que al fijar la antigüedad propiamente dicha lo hace desde otras fechas, las cuales sirven de base para cuantificar las consecuencias económicas de la improcedencia de los despidos litigiosos.

2) Respecto del salario, porque la empresa: a) Prestó conformidad -acto de juicio, folio 71- al salario sin antigüedad alegado en demanda - 110.460 pts-, de cuantía superior al que ahora pretende -72.000 pts-. b) No impugna el hecho probado 2º, según el cual las demandantes no percibieron ninguna retribución por antigüedad, ni el fundamento de derecho 3º que, con valor fáctico, establece el importe de dicho complemento. c) Tampoco denuncia, en sede jurídica, normativa legal o convencional sobre el particular.

B) Con base en los folios 124, 130, 141, 147, 156, 169, 176, 182, 189 y con relación al hecho probado 3º, que describe los períodos de prestación de servicios de las actoras, propone añadir:

- Respecto de doña M.A.P., que entre el segundo contrato suscrito entre las partes (14.08.74 a 17.12.74) y el tercer contrato (17.10.83 a 30.12.83) transcurre un vacío o interrupción de 8 años y 10 meses durante los que ninguna relación contractual existe entre las partes, que asimismo entre el tercer contrato ya referenciado (17.10.83 a 30.12.83) y el cuarto contrato (06.02.84 a 28.12.84) transcurren 37 días sin que se hubiera cuestionado la relación laboral finalizada ni demandado por la extinción del contrato producida; días y períodos durante los que percibió prestaciones por desempleo: 30 días, período 29.12.84/27.01.85; 61, 01.01.86/02.03.86; 29, 01.02.87/01.03.87; 90, 01.01.88/30.03.88; 37, 03.12.89/04.02.90; 30, 22.12.90/20.01.91; 37, 21.12.91/26.01.92; 42, 14.12.92/24.01.93; 28, 27.12.93/23.01.94; 27, 26.12.95/27.01.96".

- Respecto de doña C.G.Q., días y períodos durante los que percibió prestaciones por desempleo: 30 días, período 29.12.84/27.01.85; 108, 01.09.85/17.12.85; 44, 18.12.85/30.01.86; 29, 01.02.87/01.03.87; 73, 01.01.88/01.03.88; 37, 30.12.89/04.02.90; 30, 22.12.90/20.01.91; 37,

21.12.91/26.01.92; 24, 01.01.93/24.01.93; 112, 27.12.93/17.04.94; 27, 26.12.95/21.01.96.

- Respecto de doña M.C.V.O., días y períodos durante los que percibió prestaciones por desempleo: 61 días, período 01.01.86/02.03.86; 44, 17.01.87/01.03.87; 73, 01.01.88/13.03.88; 37, 30.12.89/04.02.90; 30, 22.12.90/20.01.91; 33, 25.12.91/26.01.92; 42, 14.12.92/24.01.93; 23, 01.01.94/23.01.94; 27, 26.12.95/21.01.96.

- Respecto de doña A.R.R., que entre el primer contrato (07.10.85 a 31.12.85) y el segundo contrato (01.10.86 a 24.01.87) transcurren 61 días en los que prestó servicios para una tercera empresa "F.N. S.A.", que entre el contrato suscrito entre las partes en fecha 01.07.91 a 20.12.91 y el suscrito en fechas 27.01.92 y 13.12.92 se produce una interrupción de 37 días en los que ni se cuestiona la relación extinguida ni se produce demanda por despido, que asimismo entre el último contrato referenciado (27.01.92 a 13.12.92) y el siguiente (25.01.93 a 29.12.93) se produce asimismo una interrupción de 43 días en las mismas circunstancias precedentes; días y períodos durante los que percibió prestaciones por desempleo: 15 días, período 01.02.87/15.02.87; 28, 16.02.87/15.03.87; 90, 01.01.88/30.03.88; 37, 30.12.89/04.02.90; 191, 22.12.90/30.06.91; 25, 30.12.93/23.01.94; 26, 27.12.95/21.01.96.

- Respecto de doña M.D.R.P., días y períodos durante los que percibió prestaciones por desempleo: 89 días, período 01.02.87/30.04.87; 90, 01.01.88/30.03.88; 93, 30.03.90/30.06.90; 86, 12.01.91/07.04.91; 60, 21.12.91/18.02.92; 33, 14.12.92/15.01.93, a los que habría que incorporar una interrupción adicional de 72 días producida entre el 15.01.93 y el 29.03.93 fecha del siguiente contrato en el que no se ha producido acción alguna por la actora tendente a cuestionar la relación laboral extinguida anterior; 61, 22.02.95/23.04.95; 97, 13.12.95/18.03.96.

- Respecto de doña M.C.F.F., días y períodos durante los que percibió prestaciones por desempleo: 58 días, período 30.12.89/25.02.90; 90, 22.12.90/21.03.91; 33, 25.12.91/26.01.92; 48, 14.12.92/30.01.93; 25, 30.12.93/23.01.94; 26, 27.12.95/21.01.96.

- Respecto de doña D.H.V., que entre el primer contrato suscrito entre las partes (15.06.92 a 13.12.92) y el segundo contrato (25.01.93 a 26.12.93) se ha producido una interrupción de 43 días durante los que no consta que la actora hubiera accionado frente a la extinción del contrato y que asimismo entre el segundo contrato ya citado y el tercero (24.01.94 a 25.12.95) se ha producido asimismo una interrupción de 30 días con idénticas

consecuencias a las expuestas; días y períodos durante los que percibió prestaciones por desempleo: 27 días, período 26.12.95/21.01.96; 53, 01.12.96/22.01.97.

- Respecto de doña M.M.F.Y., que entre el primer contrato suscrito entre las partes (15.06.92 a 13.12.92) y el segundo contrato (25.01.93 a 26.12.93) se ha producido una interrupción de 43 días durante los que no consta que la actora hubiera accionado frente a la extinción del contrato y que asimismo entre el segundo contrato ya citado y el tercero (24.01.94 a 25.12.95) se ha producido asimismo una interrupción de 30 días con idénticas consecuencias a las expuestas; días y período durante el que percibió prestaciones por desempleo: 27, 26.12.95/21.01.96.

- Respecto de doña M.J.T.F., que entre el primer contrato suscrito entre las partes (03.08.92 a 13.12.92) y el segundo contrato (25.01.93 a 26.12.93) se ha producido una interrupción de 43 días durante los que no consta que la actora hubiera accionado frente a la extinción del contrato; días y períodos durante los que percibió prestaciones por desempleo: 28 días, período 27.12.93/23.01.94; 27, 26.12.95/21.01.96.

La pretensión es aceptable en el sentido de completar el hecho impugnado con la duración y períodos de desempleo percibido por cada una de las demandantes, pues así consta en los invocados y respectivos informes de vida laboral; por el contrario, no es necesario reflejar la separación temporal entre algunos de sus contratos, porque el hecho combatido ya recoge los términos inicial y final de todos y cada uno de los contratos firmados por las litigantes.

SEGUNDO.- En el ámbito jurídico, denuncia la infracción de los artículos 3.5, 15, 59.3 del Estatuto de los Trabajadores y de la doctrina contenida en las Sentencias del Tribunal Supremo de 21.01, 17.03.98, 20.02, 21.02, 25.03, 5, 29.05, 02.07, 17.11.97, 24.01.96, ya que al existir entre los contratos suscritos con las actoras una interrupción superior a los veinte días, el examen o control de la legalidad ha de limitarse el último de los celebrados, cuya fecha es entonces la determinante del salario, antigüedad, indemnización y salarios de tramitación que puedan corresponderles ante la calificación de la extinción contractual como despido improcedente.

A los efectos que ahora interesa, los datos objetivos de la cuestión a decidir se resumen en los siguientes: 1) Las actoras prestaron servicios para la demandada, dedicada a la actividad conservadora, en el centro de trabajo sito en..., con la categoría profesional de auxiliar y durante los períodos

descritos en el hecho probado 3º. 2) Las demandantes no percibieron, en sus retribuciones, el concepto de antigüedad. 3) La vinculación entre las partes lo fue en virtud de contratos para obra o servicio determinado, que tuvieron por objeto la realización de la campaña de túndos, el trabajo de la obrera para tareas de fabricación y, excepcionalmente, sin que conste objeto o fijándose como tal la duración de la campaña del mejillón. 4) Las actoras percibieron prestación contributiva por desempleo durante los días y períodos consignados en el apartado B) del fundamento anterior. 5) La factoría señalada no cierra durante el año ni detiene la producción, salvo períodos breves en los meses de enero o diciembre para ejecutar trabajos de mantenimiento de maquinaria, balances, etc; emplea trescientas o cuatrocientas personas, de las que sólo una minoría son trabajadoras fijas discontinuas. 6) La demandada, en fecha 6-julio-98, remitió carta a cada una de las actoras, indicándoles que el 20-julio-98 finalizaban sus contratos por lo que debían de cesar al finalizar dicha jornada; las demandantes cesaron y fueron dadas de baja en la Seguridad Social.

La empresa no impugna la declaración judicial de improcedencia de los despidos litigiosos, sino que limita su recurso a determinar las consecuencias económicas derivadas de tal pronunciamiento que, entiende, deben fijarse a partir de la fecha del último de los contratos, lo que reduce el presente trámite a examinar la legalidad o no de los contratos de trabajos sucesivos que integraron la serie contractual entre aquéllas.

La jurisprudencia (S.T.S. 29-5-97) resume los criterios que informan la cuestión planteada en los siguientes: 1) Si no existe solución de continuidad en la secuencia contractual deben ser examinados todos los contratos sucesivos. 2) Si se ha producido una interrupción en la secuencia contractual superior a los veinte días previstos como plazo de caducidad para la acción de despido, entonces sólo procede el examen de los contratos celebrados con posterioridad. 3) En aplicación de la regla precedente, el control de la legalidad se ha de atener exclusivamente al último contrato celebrado cuando entre él y el anterior exista una solución de continuidad superior al plazo de caducidad de la acción de despido. 4) No obstante lo anterior, cabe el examen judicial de toda la serie contractual, sin atender con precisión aritmética a la duración de las interrupciones entre contratos sucesivos en supuestos singulares y excepcionales en que se acreditan una actuación empresarial en fraude de ley y al mismo tiempo la unidad esencial del vínculo laboral.

Frente a la Sentencia de instancia, que califica de única e indefinida la relación entre las partes desde

las fechas que recoge su fundamento de derecho 2º, la Sala llega a otra conclusión, a la vista de las descritas circunstancias del actual supuesto y de la doctrina jurisprudencial reseñada, de acuerdo con las siguientes consideraciones: 1º) Los Reales Decretos 2.104/84 de 21-noviembre y 2.546/94 de 29-diciembre ponen de relieve la inadecuación del contrato para obra o servicio determinado cuando se trata de atender con él mismo la actividad normal y permanente o de carácter cíclico de la empresa, de que en principio ahora se trata pues, entre otros particulares y junto a otras afirmaciones fácticas que contiene la fundamentación jurídica de la Sentencia impugnada, su hecho probado 6º indica que el centro de trabajo de las demandantes no cierra ni detiene la producción, salvo breves períodos para funciones de mantenimiento o balance, y también que sólo una minoría de las trescientas o cuatrocientas personas que emplea son trabajadoras fijas discontinuas. 2º) Sin embargo y para un caso semejante al presente tenemos señalado (S.12.05.97, R. 1.525/97) que no se ajusta a derecho calificar la relación como indefinida y continua por entender presente una fraudulenta planificación de la actividad empresarial, por acudir a períodos cortos de inactividad y por considerar factible el desarrollo de la industria con personal fijo, ajustándose a la oferta y demanda a través del oportuno congelado de pescado, cual consigna el fundamento de derecho 1º de la Sentencia de instancia, porque compromete la libertad organizativa de la empresa y, en el caso, carece de los respectivos presupuestos de hecho. 3º) El fraude, para la Sala, consiste en acudir al contrato para obra o servicio determinado cuando la figura normativamente obligada resultaba ser la de contrato a tiempo parcial e indefinido, lo que no apreciamos porque junto al hecho de que el tiempo transcurrido entre la práctica totalidad de los contratos de cada una de las demandantes respecto de su contrato inmediato anterior rebasó el plazo de veinte días, debemos destacar también que entre casi todos ellos las actoras percibieron prestación por desempleo, hecho concluyente para afirmar la extinción de cada una de las relaciones laborales (art. 207 Ley General de Seguridad Social) que, precisamente, les sirvieron para lucrar dicha prestación, así como para desvirtuar las afirmaciones judiciales de instancia relativas a la decisión unilateral de la empresa de poner fin a dichos contratos y al carácter fraudulento del procedimiento que utilizó a tal fin. 4º) En definitiva: a) Mantenemos el salario que para cada una de las demandantes fija el fundamento de derecho 3º de la Sentencia recurrida, al que nos hemos remitido en el fundamento de derecho 1º.A.2 que precede. b) Fijamos la antigüedad de las actoras, con las consecuencias indemnizatorias que se indicarán en el fallo, conforme a nuestro fundamento de derecho 1º.B y al hecho probado 3º

de la Sentencia impugnada, a partir del último de sus contratos, es decir, los días 19-marzo-96 para la Sra. R.P., 21-enero-96 para la Sra. G.Q., 22-enero-96 para las Sras. R.P., V.O., R.R., F.F., F.Y. y T.F., 23-enero-97 para la Sra. H.V.

TERCERO.- Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 201.2 y 3 de la Ley de Procedimiento Laboral, ha de darse el destino legal al depósito para recurrir y a la consignación de la cantidad objeto de condena efectuados por la empresa demandada recurrente. Por todo ello,

Fallamos

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por "E., S.A." contra la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Santiago de Compostela, pronunciada el doce de noviembre de mil novecientos noventa y ocho en sus autos nº 544/98, revocamos en parte dicha resolución, fijamos en concepto de indemnización las cantidades de cuatrocientas diez mil doscientas noventa y ocho pesetas (410.298 pts) para cada una de las demandantes Sras. G.Q., R.P., y V.O., cuatrocientas tres mil novecientas treinta y cinco pesetas (403.935 pts) para cada una de las demandantes Sras. R.R. y F.F., trescientas noventa y ocho mil ciento sesenta pesetas (398.160 pts) para la demandante Sra. R.P., trescientas noventa y dos mil trescientas ochenta y cinco pesetas (392.385 pts) para cada una de las demandantes Sras. F.Y. y T.F., doscientas veinticuatro mil doscientas veinte pesetas (224.220 pts) para la demandante Sra. H.V., y la confirmamos en los demás pronunciamientos que contiene.

.

2629 RECURSO N° 139/99

S. S

NATUREZA E EFICACIA DA CLÁUSULA DE RESCISIÓN PACTADA ENTRE FUTBOLISTA PROFESIONAL E CLUB DE FUTBOL.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel A. Fernández Otero

A Coruña, a veintidós de marzo de mil novecientos noventa y nueve.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia,

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 139/99, interpuesto por don O.T.G. y “P.C.F.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Uno de Pontevedra.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 131/98 se presentó demanda por “P.C.F.” en reclamación de OTROS EXTREMOS (INDEMNIZACIÓN) siendo demandado don O.T.G. y “C.D.A., S.A.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 23 de septiembre de 1998 por el Juzgado de referencia que estimó en parte la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1º.- Don O.T.G., mayor de edad, DNI..., residente hasta entonces en Madrid, suscribió a 1975/1996 un contrato de “prestación de servicios futbolísticos” con el “P.C.F.”, para las temporadas 96/97 y 97/98, estipulándose que, supuesto de incumplimiento del futbolista, indemnizara al club en la cuantía de 15.000.000 pesetas. En el dicho contrato, se catalogaba al futbolista de aficionado, y, por ello, no fue dado de alta en seguros sociales.- 2º.- La temporada 96/97 el club dejó de abonar al jugador la cantidad de 1.175.000 pesetas. En esa época, la situación económica del club era difícil y, por ello, cambió su directiva. Con fecha 18.07.1997, el jugador reclamó judicialmente, después de agotar la preceptiva conciliación, el abono de esa cantidad, siéndole reconocida en Sentencia de 20.10.1997 del Juzgado de lo Social nº 3 de Pontevedra.- 3º.- También reclamó la extinción de la relación laboral por impago de salarios, al amparo del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores. Por incomparecencia al juicio, señalado el 08.09.1997, se le tuvo por desistido.- 4º.- Comunicó al club, por escrito de 15.07.1997, que, se acogía al “cambio de residencia ante la negativa del club de proporcionarle la carta de libertad”. Su nueva residencia se fijó en Vitoria.- 5º.- A 19.08.1997 el jugador firmó un contrato de trabajo de jugador profesional con el “C.D.A.”.- 6º.- Se intentó sin efecto la obligatoria conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraxe e Conciliación.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Estimando parcialmente la demanda interpuesta por el “P.C.F.” contra don O.T.G. y el “C.D.A.”, condeno a don O.T.G. a abonar la cantidad de

3.000.000 pesetas al “P.C.F.”, con la responsabilidad subsidiaria del “C.D.A.”.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante y demandado, don O.T.G. siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el pase de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia, estimando parcialmente la demanda interpuesta por el “P.C.F.”, condenó a don O.T.G. a abonarle la cantidad de 3.000.000 de pts. con condena subsidiaria del “C.D.A.”, en razón, esencialmente, a lo siguiente: el Sr. T. y el “P.C.F.” suscribieron el 19.05.96 un contrato de prestación de servicios futbolísticos para las temporadas 96/97 y 97/98, estipulándose que en caso de incumplimiento del futbolista vendría obligado a indemnizar al club con la cantidad de 15.000.000 de pts.; en la temporada 96/97 el club dejó de abonar al jugador la suma de 1.175.000 pts., temporada en la que el “P.C.F.” atravesó una difícil situación económica, reclamando judicialmente el futbolista la deuda y obteniendo sentencia favorable; igualmente reclamó la extinción de la relación laboral por impago de salarios al amparo del art. 50 del Estatuto de los Trabajadores, teniéndose por desistido al no comparecer a juicio; el 15.07.97 comunicó al club que se acogía al cambio de residencia –que fijó en... ante la negativa del club a darle carta de libertad; el 19.08.97 firmó un contrato de jugador profesional con el “C.D.A.”; como la indemnización pactada para el supuesto de incumplimiento del futbolista participa de la naturaleza de una cláusula penal, no puede eludirse la aplicación del art. 1.154 del Código Civil, y en su virtud ha de moderarse la cuantía indemnizatoria, reduciéndola a 3.000.000 de pts. en atención a (1) el incumplimiento se ha limitado a una temporada de las dos pactadas, (2) al incumplimiento del jugador le ha precedido un incumplimiento salarial y de cotizaciones del club, (3) dicho incumplimiento del club arranca desde el momento mismo de la contratación, al negarle al jugador, al menos en apariencia, la condición de profesional y (4) los daños y perjuicios causados al club deben relacionarse con la retribución del jugador.

SEGUNDO.- Contra la indicada sentencia recurren ambos litigantes. El club demandante a través de un único motivo amparado en el art. 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral, en el que denuncia infracción, por inaplicación, del art. 16.1 del Rel Decreto 1.006/1985, de 26 de junio, regulador de la Relación Laboral Especial de los Deportistas Profesionales, e infracción, por aplicación indebida, del art. 1.154 del Código Civil, alegando, en

síntesis, que debe aplicarse la norma especial y no la general sobre obligaciones y contratos del Código Civil, pues es la primera la que dota de regulación a las singularidades del tipo de relación que abarca. Por su parte, el futbolista demandado articula los siguientes motivos: 1º) nulidad de la sentencia por infracción de normas procesales causante de indefensión, toda vez que el juzgador de instancia acordó la práctica de prueba testifical para mejor proveer fuera del plazo al efecto establecido en el art. 88 de la Ley de Procedimiento Laboral; 2º) revisión de los hechos declarados probados primero, segundo y tercero, por entender que el lacónico relato fáctico de la sentencia no permite sopesar el verdadero alcance y consecuencias de los previos incumplimientos del club y 3º) infracción, por aplicación errónea, del art. 16.1 del Real Decreto 1.006/85, en relación con los arts. 7, 1.124, 1.152 y 1.154 del Código Civil y de la jurisprudencia que los interpreta, toda vez que en las obligaciones con cláusula penal la pena sólo podrá hacerse efectiva cuando ésta fuese exigible conforme a las disposiciones del Código Civil, y la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas para el caso de que uno de los obligados no cumpliese lo que le incumbe; por tanto, los previos incumplimientos del club no le legitiman para ejercitarse la pretensión indemnizatoria, y, en todo caso, la exigencia de moderar impuesta en el art. 1.154 del Código Civil habría de llevar en el presente caso a fijar un importe meramente testimonial.

TERCERO.- El art. 88 de la Ley de Procedimiento Laboral dispone que terminado el juicio y dentro del plazo para dictar sentencia (5 días en la instancia conforme el art. 97 igual texto) el juez podrá acordar la práctica de cuantas pruebas estime necesarias, para mejor proveer, con audiencia de las partes.

Pues bien, el hecho de que, celebrado el juicio el 11.06.98, el juez hubiera acordado la práctica de prueba testifical de don R.C.F. a medio de proveído de fecha 18.06.98, no determina la indefensión alegada en el primer motivo del recurso formulado por la representación letrada del deportista, dado que: 1º) aquélla, entendida como situación en que quedan los titulares de derechos o intereses legítimos cuando se ven imposibilitados para ejercer los medios legales suficientes para la defensa (sentencia del T.C. 38/1981, de 23 de noviembre) no puede hacerse depender del cumplimiento estricto del plazo para dictar sentencia o para acordar diligencias para mejor proveer, habiéndolo el juzgador sobrepasado en un solo día hábil; 2º) aunque el recurrente protestó en su día por tal razón, dirigió al testigo las preguntas que tuvo por conveniente y evacuó por escrito las conclusiones pertinentes y 3º) nada de lo declarado

por el testigo en cuestión tuvo reflejo en la relación fáctica ni en el análisis jurídico de la sentencia de instancia, ni siquiera en lo referente a que el club atravesaba una mala situación económica, aspecto que el recurrente no sólo no impugnó, sino que admite explícitamente en el motivo dedicado a la revisión fáctica, calificándolo de hecho público y notorio.

CUARTO.- No existe inconveniente alguno en aceptar las adiciones propuestas a los ordinales primero, segundo y tercero del relato histórico y consistentes en que la retribución pactada entre el jugador y el "P.C.F." fue de 2.750.000 pts. para la temporada 1996/1997 y de 3.200.000 pts. para la temporada 1997/1998, que en la temporada 96/97, el club abonó al deportista la cantidad de 175.000 pts. mensuales desde julio de 1996 a marzo de 1997, no pagando las mensualidades de abril, mayo y junio y siendo condenado en sentencia de fecha 20.10.97 al abono de 1.175.000 pts. (diferencia entre lo pactado y lo percibido que fueron 1.575.000 pts.) y que reclamó la extinción de la relación laboral por impago de salarios al amparo del art. 50 del Estatuto de los Trabajadores, presentando papeleta de conciliación el 23.06.97, no compareciendo el club ante el S.M.A.C. y presentándose la demanda el 17 de julio que fue turnada al Juzgado de lo Social nº 2 de Pontevedra, desistiendo de ella el futbolista en escrito de fecha 04.09.97; datos todos ellos ya cabalmente recogidos en la sentencia de instancia, a excepción de la retribución pactada.

QUINTO.- No comparte la Sala la naturaleza de cláusula penal que el juez "a quo" atribuye al indicado pacto para moderar su cuantía con cobertura en el art. 1.154 del Código Civil. La doctrina jurisprudencial viene sosteniendo que si se pacta que el deudor puede liberarse pagando la pena, estamos en presencia de una obligación facultativa o pena de arrepentimiento (sentencias S.T. de 21.02.69, 13.06.62 y 28.12.46). La reserva de la facultad de resolución a cambio del pago de una cantidad no es el estricto concepto de pena convencional, sino de "dinero de arrepentimiento", producto de la expresa voluntad de las partes, cuya licitud resulta indiscutible en virtud de lo establecido en el art. 1.255 del Código Civil, y si los contratantes se reservaron la facultad de resolución a cambio del pago de una cantidad de dinero, es obvio que mediante esa entrega puede cualquiera de las partes hacer uso de dicha facultad sin quebrantar el aforismo "pacta sunt servanda" ni infringir los arts. 1.091, 1.256 y 1.258 del Código Civil.

SEXTO.- Partiendo de ello, se imponen las siguientes consideraciones:

- La cláusula referida constituye una previsión convencional respecto del desistimiento del deportista, que participa de la naturaleza de la legalmente prevista en el art. 49.1.d) del E.T.

- La dimisión del trabajador es esencialmente unilateral y no causal, a diferencia de la resolución contractual. Y así lo reconoce el futbolista recurrente cuando afirma que la Ley “prevé dos supuestos extintivos de la relación laboral por voluntad del trabajador: uno, fundamentado en el incumplimiento contractual del empresario (art. 49.10, desarrollado en el 50 del E.T) y otro por dimisión o desistimiento del trabajador (art. 49.4 del E.T.). Esta segunda causa extintiva no exige motivación alguna, es un acto puro y simple de desistimiento o extinción ad nudum, limitándose el texto a exigir que el dimisionario respete el período de preaviso... generando solamente una posible responsabilidad económica (civil) por su falta”.

- Estando de acuerdo con ello (un ejemplo próximo lo proporciona el art. 21.4 del E.T. al regular el pacto de permanencia en la empresa: cuando el trabajador haya recibido una especialización profesional con cargo al empresario para poner en marcha proyectos determinados o realizar un trabajo específico, podrá pactarse entre ambos la permanencia en dicha empresa durante cierto tiempo. El acuerdo no será de duración superior a dos años y se formalizará siempre por escrito. Si el trabajador abandona el trabajo antes del plazo, el empresario tendrá derecho a una indemnización de daños y perjuicios) sobran las argumentaciones (causales) sobre el previo incumplimiento del empleador, que originarían acción distinta (de la que el futbolista en su día desistió).

- Consistiendo, por tanto, la dimisión en un incumplimiento unilateral –no necesitado de justificación- del contrato de duración determinada, su ejecución provoca un perjuicio para la otra parte que, según el art. 16.1 del Decreto regulador de la relación especial de los deportistas profesionales, se puede pactar (esto es, fijar convencionalmente sus consecuencias) y en su defecto –y sólo en su defecto- fijarse por el juez.

- Como en principio, la voluntad concurrente de las partes estipulando las consecuencias de esa dimisión no contraría la ley, la moral, ni el orden público, despliega toda su eficacia con arreglo a los arts. 1.255 y 1.256 del Código Civil (la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes).

- Otra cosa es que, por vía del abuso del derecho, pueda cuestionarse la cuantía convenida por las partes, vía a la que alude el futbolista recurrente pero para entroncarla con el previo incumplimiento del empleador al que imputa contravenir sus

propios actos formulando la demanda cuando previamente hubo de ser condenado al abono de los salarios adeudados.

SÉPTIMO.- El abuso del derecho ha sido configurado por la jurisprudencia (sentencias del T.S. de 06.04.87, 20.02.92, 11.07.94, 21.12.94 y 15.03.96) señalando como requisitos generales: a) el uso de un derecho objetivo y externamente legal; b) el daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica y c) inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestado de forma subjetiva (intención de perjudicar) o bajo forma objetiva (anormalidad en el ejercicio abusivo del derecho), ejercicio abusivo del derecho que sólo existe cuando se hace con intención de dañar, sin que resulte provecho para quien lo ejerce o utilizando el derecho de un modo anormal y contrario a la convivencia, y al tratarse de un remedio extraordinario sólo puede acudirse a su doctrina en casos patentes; supuesto en absoluto predicable del de autos, pues ni puede razonablemente inducirse que la cláusula se pactó con la intención de ocasionar un daño gratuito al deportista, ni su contenido económico pervierte su naturaleza.

OCTAVO.- La cláusula en cuestión protege dos intereses: 1º) el derecho del futbolista a dimitir en cualquier momento extinguendo con ello el contrato de trabajo de duración determinada y 2º) el legítimo derecho de la sociedad contratante de prever tal contingencia pactando el abono de una compensación económica por la intempestiva ruptura del contrato, cuya cuantía no es en modo alguno ajena a la habitual presencia de otro club interesado en hacerse con los servicios del futbolista y a quien la propia ley declara responsable subsidiario respecto de la indemnización pactada.

Pues bien, sólo cuando el contenido económico de la cláusula impida la protección de alguno de esos intereses puede en propiedad hablarse de un ejercicio abusivo o antisocial del derecho, lo que ocurriría, desde la perspectiva contemplada, si la indemnización pactada fuese tan desorbitada (una vez valorados los diversos factores concurrentes, como el volumen económico y las especialidades y diversidad legislativa –extremo este previsto en el art. 14.2 del R.D. 1.006/85- del mercado profesional, el previo desembolso para la contratación inicial de los servicios, la duración del contrato, edad y proyección profesional del deportista y cuantos otros necesariamente habrán de proporcionar las partes en litigio cuando se cuestione el importe del desistimiento por abusivo) que frustrase las posibilidades de promoción profesional y económica del futbolista al disuadir de plano a cualquier club de fútbol de intentar

hacerse con sus servicios y obligar al deportista a permanecer en el club de origen, desnaturalizándose así la cláusula para convertirla, de hecho, en un derecho de retención.

Esto, parece obvio, no ocurre en el presente caso en el que el "P.C.F." contrata a un jugador de 21 años por dos temporadas a razón de 2.700.000 ptas. por la primera (96/97) y 3.200.000 ptas. la segunda (97/98) con una cláusula indemnizatoria de 15.000.000 ptas. desistiendo el futbolista del contrato para fichar el 19.08.97 por el "C.D.A." por dos temporadas con una notable mejora salarial (sueldo mensual obligatorio de 298.857 ptas. en 14 pagas, 2.900.000 ptas. en concepto de prima de contrato, 8.000.000 ptas. para la temporada 98-99 más importantes incentivos por participación en partidos) y una cantidad de 350.000.000 ptas. en concepto de "cláusula de rescisión".

Así las cosas, deviene de aplicación la doctrina ya expuesta sobre el cumplimiento de lo pactado para el supuesto de desistimiento unilateral del futbolista, manteniéndose, en definitiva, el importe económico en su día acordado en previsión de tal eventualidad, debiendo observarse, por último, que la predicada validez general de las cláusulas contractuales en el ámbito de la contratación de servicios profesionales de deportistas –como en cualquier otro ámbito contractual- con quiebra de su eficacia únicamente en supuestos excepcionales, satisface el interés social exigente de seguridad jurídica, que resultaría gravemente lesionado de aplicarse el principio inverso: sólo son válidas una vez que el juez fije su cuantía; o de sostenerse – como hace la representación letrada del futbolista recurrente- que no son más que "cláusulas de estilo", es decir, fórmulas carentes de sustrato jurídico.

En definitiva y por lo expuesto.

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por don O.T.G. y estimando el deducido por el "P.C.F." contra la sentencia de fecha 23.09.98 del Juzgado de lo Social nº 1 de Pontevedra recaída en autos nº 131/98, revocamos la resolución de instancia y condenamos a don O.T.G. a abonar al "P.C.F." la cantidad de QUINCE MILLONES DE PESETAS (15.000.000 pts.) por los conceptos reclamados en la demanda, cantidad de la que es responsable subsidiario, y en tal concepto se le condena, el "C.D.A.".

2630 RECURSO N° 316/96

S. S.

INEXISTENCIA DE "REEMPRAZO" E DE GARDAS DE PRESENCIA, A PROPÓSITO DE RECLAMACIÓN SALARIAL DE TRABALLADOR DE RENFE.

PONENTE: Ilma. Sra. Doña Rosa M^a. Rodríguez Rodríguez

A Coruña, veinticinco de marzo de mil novecientos noventa y nueve.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia,

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 316/96 interpuesto por don C.P.Q. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Uno de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don C.P.Q. en reclamación de salarios siendo demandado la empresa "RENFE", en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 323/95 sentencia con fecha dieciséis de noviembre de mil novecientos noventa y cinco por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1º) Que el actor, don C.P.Q., viene prestando servicios para la empresa "RENFE", con la categoría profesional de "Inspector de Coordinación", percibiendo un salario mensual de 235.051 pesetas, sin inclusión del prorrato de pagas extraordinarias./ 2º) Que el actor desde hace años vino desempeñando las funciones propias de la categoría superior de "Inspector Principal de Movimiento", siendo remunerado en consonancia con tales funciones hasta el mes de febrero de 1994./ 3º) Que a partir del mes de febrero de 1994, el actor realiza algunas funciones propias de la categoría superior, como la "confección de partes de accidentes e incidencias" y, esporádicamente, otras que le encomienda el jefe de Operaciones./ 4º) Que el actor reclama la cantidad de 700.769 pesetas en concepto de

diferencias salariales de la categoría superior, durante el período comprendido desde marzo de 1994 a febrero de 1995./ Que durante dicho período las funciones de Inspector Principal de Movimiento” son desarrolladas por el Jefe de Estación en reemplazo, de la misma categoría Nivel 8, mientras que el actor ostenta el Nivel 7./ 5º) Que el actor reclama la cantidad de 1.288.710 pesetas en concepto de horas extraordinarias por realizar guardias de presencia, durante el período comprendido desde agosto de 1994 a febrero de 1995./ 6º) Que durante dicho período reclamado como días de guardia señalados, no hubo incidencia alguna que motivara la realización de excesos de jornada por parte del actor./ 7º) Que se ha celebrado sin efecto el acto de conciliación ante el SMAC”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por don C.P.Q., contra la Empresa “RENFE”, debo absolver y absuelvo a dicha demandada de los pedimentos contenidos en la demanda”.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Por la parte actora, se interpone recurso de suplicación frente a la sentencia de instancia, que desestimaba su demanda, en reclamación de diferencias salariales por el período de marzo de 1994 a febrero de 1995 y horas extras por guardias de presencia en el de agosto de 1994 a febrero de 1995 y con amparo en el art 191 Ley Procedimiento Laboral se postula suspensión del hecho probado tercero para que quede redactado de la siguiente forma: “Durante el período comprendido entre los meses de marzo de 1994 y febrero de 1995 el actor realizó las funciones propias de la categoría de Inspector Principal de Movimiento, tales como inspeccionar las dependencias y servicios de su ámbito, intervenir en accidentes de circulación como Delegado de Puesto de Mando y otras que le encomienda el Jefe de Operaciones durante la jornada laboral.”

La pretensión no puede ser estimada porque en los folios 48 a 61 de la documental aportada por el actor, resulta que como recoge el hecho probado impugnado desde febrero de 1994 realiza algunas funciones de la categoría superior, como confección de partes de accidentes e incidencias, y esporádicamente otras que le encomienda el Jefe de Operaciones, y así estas actividades esporádicas las

realizó el 13.04.94, el 23.07, 06.09, 23.09, 10.08, 30.12 por lo que no existiendo error en aquella declaración no procede la modificación.

Asimismo se propone la modificación del hecho probado 4º, para que se sustituya el párrafo segundo y quede redactado de la siguiente forma: “durante dicho período las funciones de Inspector Principal de Movimiento son desarrolladas también por el Jefe de Estación que ostenta el nivel 7 al igual que el actor.” La modificación se acepta al constatarse el error al folio 238 en donde la normativa de RENFE, señala que el Inspector de Coordinación tiene nivel salarial 7 y pertenece al grupo 17 - personal no comercial-.

Por último, se reclama la supresión del hecho probado 6º que dice: “que durante dicho período reclamado como días de guardias señalados no hubo incidencia alguna que motivara la realización de excesos de jornada.”, para que quede redactado con el siguiente tenor literal: “Que durante dicho período reclamado como días de guardia desempeñó las funciones de Inspector Principal de Movimiento a disposición de la Empresa, durante las 24 horas del día, por semanas concretas, con la obligación de encontrarse disponible y presto al servicio en cualquier momento en que pudiera ser requerido, con la obligatoriedad de poder ser localizado a través e los teléfonos... (oficina), ... (domicilio particular), y a través del localizador-mensáfono..., código..., todo ello tanto en las horas de descanso entre jornadas de la semana laboral como en los días de descanso de semanal. Durante este período tuvo que acudir a varias incidencias en distintas horas de la jornada y fuera de ella.”

La modificación no puede ser admitida, porque es cierto que en los folios 229 a 235, se señala los días y servicios de guardia del actor y los números de teléfono y en los folios 163 a 220 las incidencias en la circulación, pero son avisos de incidencias en los que no consta la intervención del actor, con realización de exceso de jornada que es lo que pretende.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 191.c) Ley Procedimiento Laboral se denuncia la infracción del art. 405 de la Normativa Laboral de “RENFE”, por entender que durante el período reclamado en la demanda rectora realizó total y completamente durante toda la jornada los trabajos asignados a la categoría superior de Inspector Principal de Movimiento y como tal debe ser retribuido.

Habiéndose dejado intacto el hecho probado tercero de la sentencia que dice: “que a partir del mes de febrero de 1994, el actor realiza algunas funciones propias de la categoría superior, como la confección

de partes de accidentes e incidencias y esporádicamente otras que le encomienda el Jefe de Operaciones.” La pretensión no puede prosperar porque el TS en sentencia entre otras, la de 30.10.96 señala que: “En cuanto a los requisitos y efectos de los reemplazos, es sabido que el “reemplazo” es una situación que viene definida en el art. 405 del Convenio que se estudia; y que, al exigir la realización “total y completa” durante la jornada, de trabajos asignados a categoría superior y en sustitución de los propios del reemplazante, precisa de un cese en tareas propias para sólo realizar las del superior reemplazado, lo que en modo alguno acredita el recurrente.” y este art. 405 de la Normativa de “RENFE” dice: “Que se entiende por reemplazo la realización total y completa durante la jornada de trabajos asignados a la categoría superior, en sustitución de los correspondientes al agente reemplazante.”

Es decir, que hay que realizar a tiempo completo y no esporádicamente, funciones de la categoría superior para que se considere reemplazo; además el que reemplaza en este caso al Inspector Principal es el Jefe de Estación y no el actor.

TERCERO.- Por último, y con idéntico amparo procesal se denuncia infracción por errónea aplicación del art. 227 de la Normativa Laboral de “RENFE”, porque durante el período reclamado de horas extras, se encontraba a plena disposición de la empresa durante las semanas de guardia, en su teléfono particular y con un mensáfono-localizador y como hubo muchas incidencias fuera de la jornada, en las que intervino, le deben ser abonadas.

Tal y como recoge la sentencia de instancia el art. 227 de la Normativa Laboral “RENFE” señala que se consideran horas extraordinarias las que el personal realice sobre su jornada ordinaria; es decir, que tiene que haber un exceso en la jornada de trabajo; cierto que el actor estuvo de guardia, pero no son guardias de presencia, sino localizadas y sólo si ocurren incidencias que precisen la presencia del actor se abonan; como el actor no ha acreditado (y al el correspondía la prueba art. 1.214 C.C) que hubiera habido incidencias fuera de su jornada de trabajo que motivaran su presencia, las cantidades reclamadas no pueden ser estimadas. En este mismo sentido lo recoge la STS de 30.11.93 en la que entiende que la situación de disponibilidad no da derecho al abono de las horas extras, y por ello procede previa la desestimación del recurso la confirmación de la sentencia de instancia, en consecuencia

Fallamos:

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por don C.P.Q. frente a la sentencia de 16.11.95 dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de La Coruña, que confirmamos íntegramente.

2631 RECURSO N° 802/96

S. S.

NULIDADE DA SENTENCIA DE INSTANCIA POR OMISIÓN DE DATOS ESENCIAIS EN FEITOS PROBADOS.

Ponente: Ilmo Sr. Don Manuel Domínguez López
A Coruña, veinticinco de marzo de mil novecientos noventa y nueve.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia,

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 802/96 interpuesto por don G.C.V., A.L.R., M.M.F., A.F.G. y M.C.S. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Cinco de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don G.C.V., A.L.R., M.M.F., A.F.G. y M.C.S. en reclamación de reconocimiento de derecho y cantidad siendo demandado “R.C.N.V.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 691/95 sentencia con fecha veintiocho de noviembre de mil novecientos noventa y cinco por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1º.- Los actores don G.C.V., D.N.I..., don A.L.R., D.N.I..., don M.M.F., D.N.I..., don A.G.H., D.N.I... y don M.C.S., D.N.I..., todos ellos mayores de edad, vienen prestando servicios para la Entidad demandada “R.C.N.V.”, con las siguientes antigüedades, categorías profesionales y salarios prorrataeados:

	Salario	Antigüedad	Categoría
G.C.V.	196.019	01.01.74	Mant.Jar.
A.L.R.	177.456	02.04.79	Mant.Jar
M.M.F.	196.178	01.10.79	Mant.Jar
Á.G.H.	177.456	10.07.78	Mant.Jar
M.C.S.	159.812	09.09.88	Mant.Jar

2º.- El artículo 20 del Convenio Colectivo de fecha 4 de octubre de 1995, D.O.G. 09.11.95, dispone el tanto por ciento de incremento de salario en los trabajos tóxicos, peligrosos o penosos, artículo que se da por reproducido./ 3º.- La Consellería de Traballo e Servicios Sociais con fecha 17 de febrero de 1992, dictó resolución, estimando la petición de los trabajadores, declarando como trabajos tóxicos, penosos y peligrosos, los realizados por el personal de mantenimiento del “R.C.N.V”, en el centro de trabajo de... Los actores, en 6 de octubre de 1992 y en 21 de enero de 1993, presentan demandas ante el Juzgado de lo Social número Uno, el cual por sentencia de 27 de marzo de 1993, estimó en parte las demandas formuladas, declarando el derecho a percibir en concepto de plus de toxicidad, penosidad y peligrosidad determinadas cantidades. Tales sentencias fueron recurridas y el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en sentencia de 22 y 30 de mayo de 1995, confirmó dichas resoluciones./ 4º.- En fecha de 1 de junio de 1993, la empresa y los trabajadores establecieron un acuerdo o convenio en el que se establecía que la empresa pagaría a todos los trabajadores la cantidad de 15.000 pts. mensuales, en concepto de plus de toxicidad, penosidad y peligrosidad, mientras se hallaran las sentencias pendientes de recurso. Una vez dictada la empresa pagaría la diferencia y el importe total del plus, si el resultado fuese favorable a los trabajadores./ 5º.- Los trabajadores demandantes reclaman a la empresa las siguientes cantidades:

Salario base años 93 y 94	87.009 pts/mes
30% Salario base	26.102,7 pts
Salario base año 1995	90.489 pts/mes
30% Salario base	27.246,7 pts
Cuantía percibida por mes	15.000 pts.

Diferencias: años 93 y 94: 26.102,7 pts – 15.000 pts = 11.102 pts/mes x 20 meses = 222.060 pts a cada demandante, total en este período 1.110.300 pts. Año 95 (enero a julio): 27.246,7 – 15.000 = 12.146 pts/mes x 7 meses = 85.027 pts a cada demandante, total en este período 425.135 pts./ Total reclamado en ambos períodos 1.535 pts./ 6º.- Se celebró sin

avenencia la conciliación previa ante el Servicio de Mediación, Arbitaxe e Conciliación”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por don G.C.V., don A.L.R., don M.M.F., don A.G.H. y don M.C.S., contra el “R.C.N.V.”, debo absolver y absuelvo a dicho demandado de las pretensiones de la demanda”.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurren los actores la sentencia de instancia que desestimó sus demandadas, solicitando la revocación de la misma y con amparo en el art. 191.b) LPL se solicita la adición en el relato fáctico de un nuevo hecho declarado probado 7º) cuya redacción propone: “Las tareas que desempeñan los demandantes en el servicio de mantenimiento del centro de... de la empresa se realizan en las siguientes condiciones de toxicidad, peligrosidad y penosidad: a) en el mantenimiento de la piscina se usa hipoclorito, en bidones de 60 litros que los operarios tienen que bajar a mano a la sala de máquinas y vaciarlos en la sala de cloración. El consumo de este compuesto es de un bidón diario. B) antes de la temporada de verano es la limpieza de las piscinas en al que se utilizan desincrustantes de fuerte olor irritante. C) se utiliza herbicida mediante sulfatadora manual de 15 litros que se lleva al hombro. D) los trabajos realizados en el mantenimiento, además de los expuestos son: - pinturas, barnices. Clorocaicho y colas para pegado de moquetas... - pelado de taludes en escaleras a veinticinco metros de altura, manipulando herramientas manual y mecánica con el riesgo físico consiguiente...- reparación de tejidos de la sede social y el edificio polideportivo. Levantar inodoros y pintar desagües de duchas y

lavabo. Limpieza periódica de cloacas internas y las de entrada de la depuradora. Reparación de cuadros eléctricos y tendidos motorráneos especialmente peligrosos. Colocación de redes y alumbrados en alturas superiores a 15 metros. Limpieza periódica del tanque subterráneo de agua potable.” Pretende sustentarse la adición en los hechos declarados probados de las sentencias existentes entre las partes y confirmadas por esta misma Sala, así como en la resolución inicial que reconoció el plus a los actores, sin embargo no puede acogerse tal petición por cuanto de una parte los hechos probados de una sentencia recaída previamente entre las partes no vinculan al juzgador, de otra parte, tal postulado se haya en contradicción con otras afirmaciones que contiene dicha resolución de modo que tales documentos por sí solos no adveran las afirmaciones que se proponen en dicha redacción, de otra contiene la propuesta conceptos jurídicos predeterminantes del fallo, y por último, tal como se razonará, dicha modificación no resuelve el defecto formal que se aprecia en la resolución recurrida por ello no procede la rectificación solicitada.

SEGUNDO.- En sede jurídica con amparo procesal en el art. 191.c) LPL se denuncia de una parte la infracción por no aplicación de lo establecido en los arts. 1.255, 1.256 y 1.258 del Código Civil en relación con el pacto suscrito entre los actores y la empresa el 01.06.93, así como infracción por inaplicación del art. 20 del convenio colectivo de empresa; el argumento del recurso se dirige a establecer: por una parte que la demanda no se dirige a obtener la declaración de que los puestos de trabajo son tóxicos, penosos o peligrosos por cuanto tal declaración ya fue efectuada en su día por la autoridad laboral, sino que se trata de instar el cumplimiento del pacto entre las partes de 01.06.93, inatacada la validez del indicado pacto; de otra parte el argumento se dirige a que el art. 20 del convenio se fundamenta en la declaración de penoso, tóxico y peligroso del puesto de trabajo, por lo que se concluye que todas las jornadas que se está en el puesto de trabajo se encuentran sometidos los trabajadores a dichas circunstancias laborales de penosidad, peligrosidad y toxicidad.

Para la resolución del presente litigio se ha de partir de las siguientes premisas: 1)la parte actora solicita el abono del 30% del salario base todos los días naturales del período reclamado por la realización del trabajo en un puesto que ha sido declarado tóxico, penoso y peligroso por la autoridad laboral, en su día, 2) el período reclamado es el comprendido entre unas resoluciones judiciales de instancia que concedieron un período anterior y las resoluciones de esta Sala que las confirmaron (mayo 93 julio 95), 3) habiéndose pactado el 01.06.93 entre empresa y trabajadores que la

demandada abonaría todos los meses 15.000 ptas. a los actores hasta la resolución de los recursos, sin que ello implique reconocimiento de tales condiciones en el trabajo, 4) que de serle favorable a los actores la resolución de dichos recursos se les abonaría “el importe total del plus que les corresponda” y si les fuera desfavorable dichas resoluciones consolidarían lo percibido; 5) que a la demanda la empresa opone: a) que ha contratado con empresas externas la ejecución de las tareas que dieron lugar a la declaración de penosidad, toxicidad y peligrosidad de los puestos de trabajo; b) que el indicado plus solo se devengaría por los días de trabajo efectivamente realizados, que indica, por lo que en todo caso no adeudaría cantidad alguna a los actores al haber estos percibido con aquellas 15.000 ptas. más de lo que les correspondería, subsidiariamente procedería el descuento de los días festivos, domingos, incapacidad temporal etc. no trabajados con lo que la deuda queda muy mermada indicando los importes para tal supuesto; 6) que el convenio colectivo aplicable distingue claramente tres porcentajes a aplicar, 20%, 25% y 30% del salario base según concurre uno, dos o los tres supuestos, (tóxicos, penosos peligrosos).

Centrado así el objeto litigioso, siguiendo reiterada jurisprudencia, entre otras la STS de 22.10.92, SSTS de 06.03.87, 01.12.87, 22.05.86, 19.06.86, 01.11.86, 07.11.86 y 15.07.1983 y doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia, así TSJ Cast-La Mancha , S 01.04.1998, rec. 62/1998, TSJ Madrid, sec. 1ª, S 22.07.1998, rec. 3.148/1998, TSJ Valencia, S 14.07.1998, rec. 3.850/1995,TSJ Canarias (LPal), S 31.03.1998, rec. 201/1997, según la cual el art. 97 de la Ley de Procedimiento Laboral exige que en la sentencia, el magistrado, “apreciando de los elementos de convicción, declarará expresamente los hechos, que estime probados”; y este precepto ha sido interpretado en el sentido de que el Magistrado “a quo” está obligado a recoger en la declaración táctica de su sentencia todos los hechos que puedan tener interés para resolver cuestión debatida, y no sólo los que basten a dicho juzgador de instancia para dictar la sentencia que él estima correcta, sino que deberá hacerlo con la amplitud precisa, para que el Tribunal “ad quem” pueda decidir, del modo que dicho Tribunal considere justo, las pretensiones deducidas, y si aquel Magistrado no cumple esta exigencia, y los hechos que declara probados son insuficientes a los fines indicados, la consecuencia obligada es la anulación de la sentencia que haya dictado y todas las actuaciones posteriores, a fin de que se dicte otra que cumpla adecuadamente lo que ordena el citado artículo 97 y se expresen en ellas unos hechos probados suficientes y completos; y como esta exigencia de la suficiencia de los hechos probados es de derecho necesario, al afectar al

orden público del proceso, procede declarar dicha nulidad incluso de oficio, como han precisado las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1984 (Ar. 75) y 15 de julio de 1983 (Ar. 3.799) entre otras, doctrina que aplicada al presente supuesto implica que la resolución recurrida incurre en dicho defecto por cuanto discutiéndose la procedencia de abono de un plus de toxicidad, penosidad y peligrosidad durante un determinado período se aprecia insuficiencia en el relato fáctico, que impide a la Sala entrar en el fondo de la cuestión debatida, por cuanto nada dice dicha resolución acerca de los siguientes extremos – precisos para resolver el litigio -: a) qué tareas ejecutan los trabajadores de las que dieron lugar a la declaración inicial de toxicidad, penosidad y peligrosidad de sus puestos de trabajo, y cuales han dejado de realizar en el período reclamado; b) a que concepto se corresponden las tareas que han dejado de realizar, de haber ocurrido así, al objeto de determinar si los demás conceptos siguen concurriendo en la actividad realizada, y ello dado el sistema de valoración de dichos pluses; c) qué días han prestado servicios efectivamente realizando dichas tareas dentro del indicado período reclamado; por todo ello de conformidad con la doctrina y consideraciones expuestas con base en el artículo 97 de la Ley de Procedimiento Laboral, y con apoyo además en lo que establecen el artículo 6.3 del Código Civil y el artículo 240 de la LOPJ procede anular la resolución recurrida al objeto de que por el juzgador de instancia con libertad de criterio, acudiendo incluso si lo estima oportuno a las diligencias para mejorar proveer, se integre el relato fáctico resolviendo el fondo de la cuestión litigiosa como estime procedente en derecho, consecuentemente no procede analizar el motivo del recurso esgrimido por el recurrente en este acto.

Por todo lo expuesto, vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

Fallamos

Que declaramos, la nulidad de la sentencia recurrida dictada el 28.11.95 por el Juzgado de lo Social N° 5 de Vigo en autos nº 691-95 seguidos a instancias de G.C.V. y tres más, contra “R.C.N.V.” y con anulación de la misma y todas las actuaciones posteriores, acordamos reponer los autos al momento de dictarse la sentencia y con devolución de los autos al juzgado de origen, a fin de que se dicte nueva sentencia, con entera libertad de criterio y haciendo uso, si fuera preciso, de diligencias para

mejor proveer, con intervención de las partes, en la que se incluya una declaración de hechos probados completa y suficiente conforme a lo razonado en la presente resolución.

2632 RECURSO N° 78/99

S. S.

INEXISTENCIA DE SUBROGACIÓN EMPRESARIAL POR APLICACIÓN DO DISPOSTO NO CONVENIO COLECTIVO DO SECTOR.

Ponente: Ilmo Sr. D. José Manuel Mariño Cotelo

A Coruña, a veinticinco de marzo de mil novecientos noventa y nueve.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia,

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 78/99 interpuesto por don M.D.P. y otro y empresa “E., S.A.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de Ferrol.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don M.D.P. y otro en reclamación de DESPIDO siendo demandado empresa “E., S.A.”, “G.S., S.L.” y MINISTERIO DE DEFENSA-ZONA MARÍTIMA DEL CANTÁBRICO-INTENDENCIA en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 24/98 sentencia con fecha 26 de junio de 1998 por el Juzgado de referencia que desestima la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1º).- Los actores trabajaban para la Empresa “G.S., S.L.” dedicada a la actividad de jardinería con las categorías, salarios y antigüedad que seguidamente se detalla:

TRABAJADOR	CATEGORIA	ANTIGÜEDAD	SALARIO
M.D.P.	Téc. Diplo.Med.	29-12-94	392.700 ptas.
B.C.M.	Téc. No Titulado	01-12-97	180.000 ptas.

2º).- La empresa “G.S., S.L.” venía prestando los servicios de jardinería para el Ministerio de Defensa-Zona Marítima del Cantábrico-Intendencia en sus dependencias de... y N... en virtud de contrato administrativo de fecha 31 de diciembre de 1996 con precio de 25.800.000 ptas. con plazo de ejecución hasta marzo de 1998. Que el objeto de dicho contrato era las labores de conservación y mantenimiento de las zonas ajardinadas y limpieza de viales y explanadas correspondientes a las dependencias de la Armada en la capital de la Zona Marítima del Cantábrico y concretamente respecto a la Estación Naval de La Graña, Esepa, Tercio Norte de Infantería de Marina, Montón, Clubs Navales y Cortina, Cuartel General y Centro Cultural y Social, Arsenal Militar, Estaciones Radio “Molino de Viento”, Carreira y asentamiento y Montefaro, Mougá y Pabellón de la Armada en el recinto de la Feria de Muestras (Cuartel de Instrucción).- 3º) Las labores de carácter general a realizar en las zonas ajardinadas consiste en Conservación, reposición y podas concretándose las labores de conservación en riesgos, siega, resiembra de céspedes, recorte y poda con tijera, abonados, limpiezas, tratamientos fitosanitarios, tratamientos herbicidas, conservación del trazo, setos y perfilados de pradera y mantenimiento de instalación de riego y fontanería.- 4º) Que finalizado el anterior contrato, éste fue adjudicado a la Empresa “E., S.A.” en fecha 31 de marzo de 1998 por lo que la Empresa “G.S., S.L.” procedió a remitir a la anterior Empresa la documentación del personal de la Empresa objeto de subrogación entre los que se encontraban los actores de la que se acusó recibo por “E., S.A.” en fecha 27.03.98. Dicha Empresa comunicó a la empresa “G.S., S.L.” que se procederá a subrogar en el servicio de mantenimiento de jardinería de las Instalaciones que el Ministerio de Defensa tiene en Ferrol y Narón a don F.M.D., C.P.P., J.P.P., F.M.P.S. y J.C.V.L. y que sin que proceda subrogar a J.L.M.D., A.R.P., A.N.F. y B.C.M. por no superar los cuatro meses de antigüedad en el puesto de trabajo y que tampoco se procederá a subrogar a M.D.P. por faltar el requisito de la adscripción al servicio cuyo personal se subroga.- 5º) El actor don B.C.M. pertenece a la Empresa “G.S., S.L.” desde el 01.12.97 hasta el 31.03.98 habiéndose formalizado contrato como trabajador de nuevo ingreso por la exigencia del servicio al estar el trabajador J.P.P. de baja por incapacidad temporal desde el 30.10.97 hasta el 27.03.98. El Sr. P. tenía antigüedad en la Empresa desde el 05.01.97.- 6º) El actor B.C.M. es socio de la Empresa “G.S., S.L.” con ocho participaciones por valor de 80.000 ptas. del total de 50 participaciones en que está dividido el capital social así como fue administrador solidario junto con su padre B.C.R. nombrados en

el momento de su constitución el 22 de febrero de 1991 y cuyo cargo fue revocado por escritura de 19 de febrero de 1996. Asimismo el actor don M.D.P. es socio con el empresario B.C.R. en la Empresa “S., S.L.” dedicada a la construcción.- 7º) El día 25 de abril de 1998 se celebró el acto de conciliación administrativo con el resultado de SIN AVENENCIA.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que, desestimando la demanda respecto del demandante don M.D.P. debo absolver y absuelvo a la Empresa “E., S.A.”, “G.S., S.L.” y al MINISTERIO DE DEFENSA de las pretensiones del mencionado actor y califco como procedente el despido objeto de este proceso, convalidando la extinción de la relación contractual efectuada por la Empresa “E., S.A.” en fecha 31 de marzo de 1998, sin derecho a indemnización ni salarios de tramitación.

Y estimando la demanda formulada por el trabajador don B.C.M. califco como improcedente el despido objeto de este proceso y condeno a la empresa “E., S.A.” a que readmita inmediatamente al mismo en el puesto de trabajo que venía desempeñando antes de producirse el despido, o bien, a elección del empresario, a que abone al actor la indemnización de 153.494 ptas.- Dicha opción deberá ejercitarse en el término de 5 días a partir de la notificación de esta Sentencia, mediante escrito o comparecencia ante este Juzgado. Transcurrido dicho término sin que el empresario hubiese optado, se entenderá que procede la readmisión.- Cualquiera que fuese su elección condeno asimismo a la parte demandada a que satisfaga a los actores los salarios que no haya percibido desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente resolución, tomándose en consideración a tal efecto el salario que se estima acreditado en Hecho probado 1º, y teniendo en cuenta la limitación que establece el art. 57.1 del ET y que hasta la fecha de la presente Sentencia ascienden a la cantidad de 522.000 ptas.”

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandantes y demandadas siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Contra la sentencia de instancia se alzan en suplicación así el demandante M.D.P.,

cuyas pretensiones fueron desestimadas en aquella resolución, como la empresa codemandada “E., S.A.” a fin de que se desestime la demanda también en lo atinente al actor B.C.M.

SEGUNDO.- Comenzando por el análisis del recurso articulado por el antes referido Sr. D.P., cabe expresar que al amparo del artículo 191.c) de la LPL denuncia la infracción del artículo 35 del Convenio Colectivo de Ambito Estatal para las empresas de Jardinería, aprobado por resolución de la Dirección General de Trabajo de fecha 07.12.95 (BOE del 21.12.95).

No ha de tener éxito la censura jurídica invocada por el recurrente y es que inalterados los hechos probados de la resolución de instancia y sin desdeñar que con innegable valor fáctico se reseña en el fundamento jurídico de la propia sentencia que “ha quedado acreditado que dicho trabajador (se refiere al Sr. D.P.) no se halla adscrito al servicio tal y como alegó la empresa “E., S.A.” al comunicarle que no iba a proceder a su subrogación”, no ha logrado aquél desvirtuar los certeros razonamientos de la Juez “a quo”, quien en uso de las facultades de interpretación de la prueba (artículo 97.2 de la LPL) llegó a tal conclusión valorando no sólo la documental sino los demás elementos probatorios de autos, singularmente la testifical sin que sea dado a la parte, al tratarse de un recurso extraordinario, sustituir por su interesado parecer el objetivo criterio del Juzgador, no siendo óbice para la ratificación de lo acordado en la instancia el hecho de que el recurrente trabajase para “G.S., S.L.” con antigüedad de 29.12.94 porque lo relevante es no que formase parte de la nómina de la empresa sino que estuviese adscrito al servicio cuyo personal se subroga lo que, por lo antedicho, no resultó acreditado.

TERCERO.- Por su parte la empresa interpone su recurso de suplicación, con amparo procesal en el artículo 191.c) de la Ley de Trámites por infracción de lo dispuesto en el artículo 35.1.a) del Convenio Colectivo Estatal de Jardinería, antes referido, en relación con los artículos 26.3 y 82.1 del Estatuto de los Trabajadores.

La censura jurídica enarbolada por la empresa ha de prosperar y ello por cuanto la propia sentencia de instancia, pese a que en conclusión declara improcedente el despido de B.C.M., establece en su fundamentación jurídica –con valor de hecho probado – que “(el) trabajador Sr. P. fue dado de alta el 27.03.98 y por lo tanto antes de la sustitución efectiva de tal manera que, por aplicación del mismo artículo 35 del Convenio Colectivo antes citado que establece que la subrogación se

producirá también en el caso de trabajadores con contratos de interinidad que sustituyan algunos de los trabajadores mencionados en el apartado segundo... el actor no debía ser objeto de subrogación. Que el Sr. P.P. causó baja el 30.10.97 y tenía antigüedad de 05.01.97 por lo tanto había prestado servicios en la contrata en cuestión cuatro meses antes de la baja y en cualquier caso estaba ya de alta a la fecha de la efectiva sustitución el 31 de marzo de 1998, por lo tanto siendo el Sr. C.M. un sustituto del anterior podría entenderse que no procedía su subrogación”, siendo así que, con independencia de que en fase extrajudicial no se hubiese alegado por la empresa tal circunstancia como determinante de la no subrogación, no puede olvidarse que la propia resolución de instancia asevera que el motivo antes referido “fue alegado en juicio” y que dadas las circunstancias del caso la comunicación escrita al trabajador no es, inconclusa e indubitablemente, una carta de despido, de manera que no puede anudarse a aquella todas y cada una de las características y requisitos de ésta y, en concreto, la determinación de los hechos que se le imputen al trabajador en base a los cuales se ampararía y justificaría la decisión del despido, porque, más propiamente, es el medio material para poner en conocimiento del actor que no procedería a subrogarle, sin que ello sea óbice para que en el seno del juicio se discuta en orden a la aplicabilidad o no al caso de la norma emanada de la negociación colectiva aplicable al sector – en el presente caso, como antes se dijo, fue alegado en el juicio– por lo que dadas las circunstancias concurrentes y a la luz de la referida norma del Convenio Colectivo se revela improcedente la subrogación y en consecuencia, ha de prosperar el recurso de la empresa “E., S.A.”.

Fallamos

Desestimando el recurso de suplicación articulado por M.D.P. y acogiendo el interpuesto por la empresa “E., S.A.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Ferrol, dictada en autos nº 224/98, en fecha 26 de junio de 1998, sobre despido, confirmamos en parte la sentencia de instancia y desestimamos la demanda interpuesta por M.D.P. y B.C.M. contra “E., S.A.”, “G.S., S.L.”, y MINISTERIO DE DEFENSA – ZONA MARÍTIMA DEL CANTÁBRICO – INTENDENCIA, a quienes absolvemos de las pretensiones allí contenidas.

2633 RECURSO Nº 1.000/99

S. S.

CORRECCIÓN DAS CANTIDADES CONSIGNADAS EN CONCEPTO DE INDEMNIZACIÓN E SALARIOS DE TRAMITACIÓN, OFERTADAS COMO CONSECUENCIA DE RECOÑECIMENTO EXTRAXUDICIAL DA PROCEDENCIA DO DESPEDIMENTO.

Ponente: Ilmo Sr. D. José Manuel Mariño Cotelo

A Coruña, a veinticinco de marzo de mil novecientos noventa y nueve.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia,

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 1.000/99 interpuesto por “O.F., Co. Ltd.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Santiago.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don J.M.G.R. en reclamación de DESPIDO siendo demandado “E.N.A.A.A., S.A.” y “O.F., Co. Ltd.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 787/98 sentencia con fecha catorce de enero de mil novecientos noventa y nueve por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “**PRIMERO.**- El demandante, mayor de edad, ha prestado sus servicios con la categoría de Marinero y un salario mensual de cuatrocientas treinta y tres mil doscientas sesenta y nueve pesetas (433.269 ptas.), incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias, por cuenta de la mercantil “O.F., Co. Ltd.”, desde el 20 de enero de 1998 hasta el 31 de octubre del mismo año a bordo del buque “E.S.”.- **SEGUNDO.**- Que la empresa precitada, con domicilio en... (Reino Unido), fue registrada en el Registro británico de sociedades el 11 de mayo de 1981 y aparece registralmente como titular de la embarcación “E.S.” y de la licencia

correspondiente al mismo.- **TERCERO.**- Consta documentalmente que el demandante también prestó sus servicios por cuenta de la empresa “S.F., Ltd”, con domicilio en..., Wales, desde el 5 de agosto de 1992 hasta el 31 de diciembre de 1996 a bordo de la embarcación “S.H.”. Dicha empresa aparece en el Registro británico de sociedades desde el 18 de abril de 1986 y como titular de la referida embarcación y de su licencia.- **CUARTO.**- Que la empresa “E.N.A.A.A., S.A.”, con domicilio social en la C/... de Ribeira, consta de alta en el I.A.E. de dicho municipio por la actividad económica de comercio al por mayor interindustrial (excepto minería y química) de otros productos, maquinaria y material n.c.o.p.- **QUINTO.**- Que el 31 de octubre de 1998, el actor fue despedido verbalmente sin alegar causa alguna.- **SEXTO.**- Que el actor no ha ostentado la condición de delegado del personal o sindical.- **SEPTIMO.**- Celebrado acto de conciliación ante el S.M.A.C. de la Xunta el 27 de noviembre de 1998, la representación de la empresa “O.F., Co. Ltd.” reconoció la improcedencia del despido de que fue objeto el actor ofreciendo las sumas de doscientas noventa y ocho mil trescientas cuarenta y cuatro pesetas (294.344 ptas.) en concepto de indemnización y doscientas catorce mil ochocientas doce pesetas (214.812 ptas) en concepto de salarios de tramitación, que no fueron aceptadas por el trabajador y que la citada empresa consignó judicialmente el 30 de noviembre de 1998”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “**FALLO:** Que estimando como estimo la demanda promovida por don J.M.G.R. frente a las empresas “E.N.A.A.A., S.A.” y “O.F., Co. Ltd” debo declarar y declaro la improcedencia del despido de que fue objeto el actor y condeno a la empresa “O.F., Co. Ltd” a que opte entre la readmisión del trabajador demandante en su puesto de trabajo o el abono de la cantidad de quinientas cinco mil seiscientas sesenta y ocho pesetas (505.668 ptas.), en concepto de indemnización, opción que deberá ejercitar en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente Sentencia, mediante escrito o comparecencia ante este Juzgado, advirtiéndole que de no realizarla se entenderá que procede la primera, con abono en ambos casos de la cantidad de un millón ochenta y tres mil ciento cincuenta pesetas (1.083.150 ptas.) en concepto de salarios de tramitación, y a un haber diario de catorce mil cuatrocientas cuarenta y dos pesetas (14.442 ptas) desde la fecha hasta que se notifique la presente resolución. Que estimando como estimo la excepción de falta de legitimación pasiva planteada por la empresa “E.N.A.A.A., S.A.” frente a la referida demanda, debo absolver y absuelvo a la misma en la instancia sin entrar a conocer del fondo del asunto”.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandada no siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Contra la sentencia de instancia que estimó la demanda articulada por el actor frente a la empresa “O.F., Co. Ltd” y acogió la excepción de falta de legitimación pasiva en relación con la entidad “E.N.A.A.A., SA”, se alza la entidad condenada y en un primer motivo de recurso, con amparo procesal en el artículo 191.b) de la LPL, solicita la revisión del ordinal primero de la citada resolución para que se sustituya su redacción por la alternativa que propuso en atención a los recibos de salarios obrantes en autos correspondientes al tiempo que el demandante prestó servicios para la meritada recurrente desde 20.01.98 al 31.10.98.

Procede la revisión solicitada por la entidad recurrente habida cuenta de que apoyándose en medio de prueba hábil a tal efecto, se evidencia criterio erróneo del Juez de instancia al determinar la suma correspondiente al salario mensual del actor - por cierto, que no se ofrece en la sentencia explicación alguna de porqué llega a tal consideración - pues si la cantidad total obtenida por dicho concepto de salarios ascendió, a lo largo del período de trabajo para la interpelada, a la suma de 2.267.412 pesetas el resultado de dividir dicha cantidad por el tiempo de servicios es inferior a la cantidad a que se contrae el combatido hecho primero y coincidente con la que se establece en la redacción alternativa propuesta que debe acogerse quedando, en consecuencia, redactado el ordinal primero de la forma que sigue: “El demandante, mayor de edad, ha prestado sus servicios con la categoría profesional de marinero y un salario mensual de doscientas treinta y ocho mil seiscientas setenta y cinco pesetas (238.675 pesetas), incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias, por cuenta de la mercantil “O.F., Co. Ltd”, desde el 20 de enero de 1998 hasta el 31 de octubre del mismo año a bordo del buque “E.S.”.

SEGUNDO.- Al amparo del apartado c) del artículo 191 de la LPL, invoca como infringidos los párrafos 1 y 2 del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores.

Ha de tener éxito la censura jurídica habida cuenta de que, modificado en el sentido antes expuesto el relato histórico de la sentencia de instancia, se pone de manifiesto que las cantidades de doscientas

noventa y ocho mil trescientas cuarenta y cuatro pesetas en concepto de indemnización y doscientas catorce mil ochocientas doce pesetas en concepto de salarios de tramitación ofrecidas en su día al actor, y luego consignadas judicialmente por la empresa, una vez que en acto de conciliación celebrado ante el SMAC el día 27.11.98 reconoció la procedencia del despido, se ajustaban a lo correcto por lo que ha de tenerse por bien efectuado el referido ofrecimiento de indemnización por despido improcedente y salarios de tramitación y en consecuencia desestimar la demanda articulada por J.M.G.R.

Fallamos

Estimando el recurso articulado por la empresa “O.F., Co. Ltd” contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Santiago de Compostela en autos 787/98 sobre despido, y manteniendo la declaración de la improcedencia del despido de que fue objeto el actor, condenamos a la empresa referida a que abone al actor las cantidades de doscientas noventa y ocho mil trescientas cuarenta y cuatro pesetas en concepto de indemnización y doscientas catorce mil ochocientas doce pesetas en concepto de salarios de tramitación ofrecidas en su día al actor, y luego consignadas judicialmente por la empresa; teniendo por efectuada la opción por la indemnización antedicha y extinguida la relación laboral entre las partes. Se mantiene la absolución de la empresa “E.N.A.A.A., S.A.” acordada en la sentencia de instancia.

**2634 RECURSO N° 2.911/956
(SIC)**

S. S.

CONCEPTO DE CONTRATAS EN PROPIA ACTIVIDADE, A EFECTOS DE DELIMITAR A RESPONSABILIDAD DA EMPRESA PRINCIPAL.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Jesús Souto Prieto

A Coruña, a veintiséis de marzo de mil novecientos noventa y nueve.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia,

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 2.911/956(sic) interpuesto por FOGASA contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. dos de Orense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 788/95 se presentó demanda por J.A.B.F. y otros en reclamación de SALARIOS siendo demandado el “M.E.C.” y otros en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 26 de marzo de 1996 por el Juzgado de referencia que estima la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1º.- Los actores, cuyas circunstancias personales, constan en el encabezamiento de la demanda, han venido prestando servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa codemandada “M.E.C., S.L.”, con las antigüedades, categorías y salarios mensuales con inclusión del prorratoe de las pagas extraordinarias que a continuación se señalan don J.A.B.F., desde el 16.02.84, categoría de oficial de 3ª y salario de 131.440 ptas.; don J.L.C.G., desde el 16.10.90, categoría oficial de 3ª y salario de 118.100 ptas.; don J.A.R.C., desde el 01.10.87, categoría de capataz y salarios de 150.600 ptas.- don M.D.V., desde el 04.04.90, categoría de capataz y salarios 146.116 ptas.- don L.G.G., desde el 21.03.95 categoría de oficial de 3ª y salario de 120.280 ptas.- don J.A.G.D., desde el 14.02.94, categoría de oficial de 3ª y salarios de 119.496 ptas.- M.B.L., desde el 24.03.95, categoría de oficial de 3ª y salario de 113.100 ptas.- don R.F.D., desde el 12.01.92, categoría de oficial de 3ª y salario de 119.496 ptas.- don M.L.G., desde el 20.11.90, categoría de oficial de 3ª y salario 118.100 ptas.- don J.M.B.M., desde el 13.12.83, categoría de oficial de 2ª y salario 131.440 ptas.- don E.G.M., desde el 13.12.83, categoría de oficial de 2ª y salario 131.440 Ptas.- don P.C.B. desde el 15.08.85, categoría de oficial de 2ª y salario de 125.550 ptas. – don J.A.C.M., desde el 23.11.92, categoría de oficial de 3ª y salario de 119.350 ptas.- Por sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de esta ciudad de fecha 08.11.95, se declaró extinguida la relación laboral entre los actores y la “E.M.E.C., S.L.” - 2º) A los actores no se les han abonado los siguientes conceptos salariales: A J.A.B.F.: paga extra diciembre 94: 108.612 ptas; salario mes abril 95: 112.788 Ptas.; salario mayo: 114.808 ptas; salario junio 112.788 ptas; salario julio: 114.808 ptas; salario agosto: 114.808 ptas; salario septiembre: 112.788 ptas; extra julio: 114.808 ptas, TOTAL: 906.208 ptas.- A J.L.C.G.: Paga extra

diciembre 94: 98.710 ptas; salario mes abril 95: 102.150 ptas; salario mayo: 104.906 ptas; salario junio, 102.150 ptas.; salario julio: 104.906 ptas; salario agosto: 104.906 ptas; salario septiembre: 102.150 ptas; extra julio: 102.150 ptas; TOTAL: 822.028 ptas. J.A.R.C.: Paga extra diciembre 94: 130.705 ptas, salario mes abril: 135.060 ptas.; salario mes mayo: 138.508 ptas.; salario mes junio: 135.060 ptas; salario mes de julio: 138.508 ptas; salario agosto: 138.508 ptas; salario mes septiembre: 135.060 ptas; paga extra julio: 135.060 ptas. TOTAL: 1.086.469 PTAS.- M.D.V., Extra diciembre 94: 124.815 ptas.- salario mes abril 95: 135.269 ptas; salario mes mayo: 138.713 ptas.; salario mes junio: 135.269 ptas; salario mes julio: 138.713 ptas; salario mes agosto: 138.713 pts; salario mes septiembre: 135.269 ptas; paga extra septiembre: 135.269 ptas, TOTAL 1.082.030 ptas. L.G.G.: salario mes abril 95: 102.150 ptas; salario mes mayo: 104.906 ptas. salario mes junio: 102.150 ptas; salario mes julio: 104.906 ptas; salario mes agosto: 104.906 ptas; salario mes septiembre: 102.150 ptas. extra julio: 102.150 ptas. TOTAL: 723.318 ptas. J.A.G.D.: extra diciembre 94: 98.710 ptas; salario mes abril 95: 102.150 ptas; salario mes mayo: 104.906 ptas; salario mes junio, 102.150 ptas; salarios mes julio: 104.906 ptas; salario mes agosto: 104.906 ptas; salario mes septiembre: 102.150 ptas; paga extra julio: 102.150 ptas. TOTAL 822.028.- M.B.L.: salario mes abril 95: 102.150 ptas, salario mayo: 104.906 ptas.: salario mes junio: 102.150 ptas, salario mes julio: 104.906 ptas.; salario mes agosto: 104.906 ptas; salario mes septiembre: 102.150 ptas; extra julio: 102.150 pts; TOTAL: 723.318 PTAS.- R.F.D.: extra diciembre 95: 98.710 pts.; salario mes abril: 102.150 pts.; salario mes mayo: 104.906 pts.; salario mes junio: 102.150 ptas.; salario mes julio: 104.906 pts.; salario mes agosto: 104.906 pts.; salario mes septiembre: 102.150 ptas; extra julio: 102.150 ptas. TOTAL: 723.318 ptas.- M.L.G.: Extra diciembre 94: 98.710 pts.; salario abril: 102.150 pts; salario mayo: 104.906 ptas.; salario junio: 102.150 ptas; salario julio: 104.907 ptas.; salario agosto: 104.906 ptas.; salario septiembre: 102.150 ptas.; extra julio: 102.150 ptas.; TOTAL: 723.318 ptas.- J.M.B.M.: extra diciembre 94: 108.849 ptas; salario abril: 113.336 pts.; salario mayo: 116.092 ptas; salario junio: 113.336 pts.; salario julio: 116.092 pts.; salario agosto: 116.092 pts, salario septiembre: 113.336 pts.; extra julio: 113.336 pts, TOTAL: 911.461 ptas..- E.G.M.: salario marzo 95: 116.092 pts; salario abril: 113.336 pts.; salario mayo: 116.092 pts.; salario junio: 113.336 pts; salario julio: 116.092 pts.; salario agosto: 116.092 pts.; salario septiembre: 113.336 pts. extra julio: 113.336 pts. TOTAL: 917.712 pts.- P.C.B.: extra diciembre 94. 104.891 pts.; salario abril 95: 108.381 pts.; salario mayo: 111.137 pts; salario junio: 108.381 pts.; salario julio: 111.1381 pts; salario agosto:

111.137 pts.; salario septiembre: 108.381 pts.; extra julio: 108.381 pts; TOTAL: 871.826 pts.- J.A.C.M.: extra diciembre 94: 98.710 pts.; salario abril 95: 102.150 pts; salario mayo: 104.906 pts.; salario junio: 102.150 pts.; salario julio: 104.906 pts; salario agosto: 104.906 pts.; salario septiembre: 102.150 pts.; extra julio: 102.150 pts; TOTAL: 723.318 pts.- 3º) Las empresas codemandadas "M., S.L." y "M. y R., S.L.", tienen el mismo domicilio social en Carretera... coles, se dedican a la misma actividad -contratación, instalación y ejecución de cualquier actividad relacionada con montajes e instalaciones eléctricas- y utilizan indistintamente los trabajadores de ambas, don C.B.S., es titular del 100% de las acciones de "M., S.L." y del 75% de la Empresa "M. y R., S.L.", siendo administrador único de dichas sociedades.- 4º) En fechas 27.12.90, 3.01.92, marzo del 93 y 29.12.94 se celebraron contratos de adjudicación entre las codemandadas "U.F., S.A.", tiene por objeto social las siguientes actividades: la explotación del negocio de producción de transporte, transformación, distribución y comercialización de energía eléctrica y de componentes y equipos relacionados con la misma, así como la planificación y racionalización del uso y la congeneración de la energía"- 6º) La codemandada "S.M.L., S.L." se constituyó a medio de escritura pública de fecha 24.7.95, por don M.M.A. y don J.F.I.M., siendo designado administrador único a don M.M.A. Su objeto social es la instalación de montajes eléctricos y de líneas de media y baja tensión, siendo su domicilio social en el lugar de..., parroquia de..., municipio de Ames (La Coruña).- 7º) Se celebró sin avenencia la conciliación ante el SMAC."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando la excepción de falta de legitimación pasiva alegada por "U.F., S.A." debo absolver y absuelvo a esta en la instancia de las pretensiones en su contra esgrimidas. Y estimando la demanda en cuanto va dirigida contra "M.E.C., S.L." y "M.R., S.L." debo condenar y condeno a las mismas de forma conjunta y solidaria a abonar a los actores las siguientes cantidades: A don J.A.B.F. NOVECIENTAS SEIS MIL DOSCIENTAS OCHO PESETAS; don J.L.C.G.; OCHOCIENTAS VIENTIDÓS MIL VEINTIOCHO PESETAS; A don J.A.R.C., UN MILLÓN OCENTA Y SEIS MIL CUATROCIENTAS SESENTA Y NUEVE PESETAS, A don L.G.G., SETECIENTAS VEINTITRÉS MIL TRESCIENTAS DIECIOCHO PESETAS, A don J.A.G.D., OCHOCIENTAS VEINTIDÓS MIL VEINTIOCHO PESETAS, A don M.B.L., SETECIENTAS VEINTITRÉS MIL TRESCIENTAS DIECIOCHO PESETAS, A don R.F.D., SETECIENTAS VEINTITRÉS MIL

TRESCIENTAS DIECIOCHO PESETAS, A don J.M.B.M., NOVECIENTAS ONCE MIL CUATROCIENTAS SESENTA Y UNA PESETAS, A don E.G.M., NOVECIENTAS DIECISIETE MIL SETECIENTAS DOCE PESETAS, A don P.C.B., OCHOCIENTAS SETENTA Y UNA MIL OCHOCIENTAS VEINTISÉIS PESETAS Y A don J.A.C.M., SETECIENTAS VEINTITRÉS MIL TRESCIENTAS DIECIOCHO PESETAS, por los conceptos indicados incrementados en un 10% de interés por mora. Asimismo debo absolver y absuelvo a la Empresa "S.M.L., S.L." de las pretensiones en su contra esgrimidas."

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandada siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el pase de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la demanda de los actores, en cuanto dirigida contra las empresas demandadas "M.E.C., S.L." y contra "M.R., S.L.", y las condena solidariamente a abonarles las cantidades que señala en concepto de salarios adeudados entre abril y septiembre de 1995, incluidas la paga extraordinaria de julio de ese año y la extraordinaria de diciembre de 1994 o 1995, según los casos; pero absuelve a la codemandada "U.F., S.A." por entender que las contratas cometidas por esta última empresa a las anteriores suponen la ejecución de trabajos que no corresponden a la propia actividad de la comitente - "U.F., S.A.", por lo que no se dá el supuesto que regula el art. 42 del ET.

Contra dicha sentencia recurre el FOGASA, también codemandado, que solicita la revisión de los hechos declarados probados y censura luego el Derecho aplicado en la sentencia, denunciando la infracción del citado art. 42 ET y jurisprudencia que la interpreta.

SEGUNDO.- Por lo que se refiere a la revisión de hechos propone una nueva redacción del ordinal 4º del siguiente tenor "En fecha 27.12.90, 3.1.92, marzo 93 y 29.12.94 se celebran contratos entre las codemandadas "U.F., S.A." y "M.E.C., S.L.", en virtud de los cuales "M.E.C., S.L." realiza obras y presta servicios por cuenta y orden de "U.F., S.A.", en los conceptos y ámbitos que en dichos contratos se indican, los cuales figuran incorporados a autos, teniendo aquí su contenido por reproducido".

La revisión no debe aceptarse porque la nueva redacción propuesta no difiere de la contenida en el

ordinal 4º salvo en que se sustituye la frase “en virtud de los cuales la primera adjudica a la segunda la realización de obras y prestación de servicios...”, por la siguiente “realiza obras y presta servicios por cuenta y orden de “U.F., S.A.”, no teniendo realmente significación distinta ya que a continuación se dice que la ejecución de esas obras y servicios se produce en los conceptos y ámbitos que se indican en los contratos concertados entre dichas entidades. Por otra parte no es prueba documental hábil a los efectos revisorios las manifestaciones que se verifiquen en otras sentencias en virtud de otras pruebas practicadas en aquellos autos, y menos cuando recogen las de naturaleza testifical.

TERCERO.- No obstante, debe prosperar la censura jurídica formulada en efecto, esta Sala (en sentencia de 12 de febrero de 1996, Recurso nº 2.234/94), se hace eco de la doctrina del TS plasmada sobre todo en la sentencia de 18 de enero de 1995 (Ar. 514), en cuanto señala: “Para delimitar lo que ha de entenderse por propia actividad de la empresa, la doctrina mayoritaria entiende que son las obras o servicios que pertenecen al ciclo productivo de la misma, estos es, las que forman parte de las actividades principales de la empresa. Más que la inherencia al fin de la empresa, es la indispensabilidad para conseguirlo, lo que debe definir el concepto de propia actividad. También la doctrina señala que nos encontraríamos ante una contrata de este tipo cuando de no haberse concertado ésta, las obras y servicios debieran realizarse por el propio empresario comitente so pena de perjudicar sensiblemente su actividad empresarial. En general la doctrina es partidaria de una aplicación in extenso del concepto de contratas correspondientes a la propia actividad de la empresa. Sólo quedarían fuera las obras o servicios contratados que estén desconectados de su finalidad productiva y de las actividades normales de la misma. Con este criterio amplio se llega a la conclusión de que todo o casi todo de lo que sea objeto de contrata estará normalmente relacionado con el desarrollo de la actividad a que se dedique la empresa. No obstante, una interpretación absoluta y radicalmente amplia del concepto de “propia actividad” nos llevaría a no comprender la exigencia del supuesto de hecho contenido en el artículo 42 mencionado. Si se exige que las obras y servicios que se contratan o subcontratan deben corresponder a la propia actividad empresarial del comitente, es porque el legislador está pensando en una limitación razonable que excluya una interpretación favorable a cualquier clase de actividad empresarial. En consecuencia, como también ha reconocido la doctrina mencionada, la solución a la problemática apuntada, sólo puede

venir dada por el examen cuidadoso y específico de cada supuesto concreto”.

Pues bien, si en los contratos de adjudicación, a los que se remite en ordinal 4º, se dice que “U.F., S.A. manifiesta su necesidad de realizar las Obras del Plan Especial de Electrificación Rural de Galicia”; que “U.F., S.A.” manifiesta su necesidad de realizar montaje e instalación de acometidas y elementos de control comercial, nuevos suministros o ampliación de los existentes, modificaciones de la red de baja y media tensión... y obras de desarrollo, así como trabajos para el mantenimiento y operación de sus instalaciones”; que “el adjudicatario tendrá siempre a disposición de “U.F., S.A.” tanto los justificantes del pago de las nóminas de su personal como los justificantes acreditativos de las cotizaciones a la Seguridad Social...”; que “U.F., S.A.” suministrará los “apoyos de hormigón”; que habrá “la disponibilidad durante las veinticuatro horas de todos los días de un equipo formado por un Jefe y cuatro Operarios, para los trabajos que sean requeridos, etc.”. Y por otra parte, si la actividad de la comitente “U.F., S.A.” es “la explotación del negocio de producción, transporte, transformación, distribución y comercialización de energía eléctrica y de componentes y equipos relacionados con la misma, así como la planificación y racionalización del uso y la cogeneración de la energía”, parece evidente que los trabajos contratados a las empresas de referencia son indispensables para conseguir tales fines, y que de no haberse adjudicado a otros las referidas contratas, esas obras y servicios habrían de llevarse a cabo por la propia comitente “U.F., S.A.”, so pena de perjudicar sensiblemente su actividad empresarial, por lo que no sólo se trata de obras o servicios indispensables sino que también pertenecen en cierto modo al ciclo productivo de la empresa, que, como hemos visto, comprende la distribución y comercialización de la energía así como el transporte, lo cual implica el desarrollo y mejora de la red y el mantenimiento de las instalaciones.

La referencia que se hace en el escrito de impugnación del recurso a la sentencia de esta Sala de 31 de enero de 1996, que revoca la del Juzgado de lo Social nº 3 de Orense, recaída en los autos acumulados nº 530 a 533 y 564/95, en nada empañá esta conclusión puesto que, aparte de referirse al carácter salarial o indemnizatorio de los salarios de tramitación por despido improcedente, tuvo como causa de revocación el no ser aplicable el art. 44 ET pues no se justificaba ninguna sucesión de empresa y subrogación con “U.F., S.A.”.

Procede por tanto, declarar la responsabilidad solidaria de esta última como empresa principal en cuanto al pago de las cantidades salariales reclamadas, conforme en lo dispuesto en el art. 42

ET, y ello supone estimar el recurso del FOGASA y revocar en el sentido expresado el fallo que se combate.

Fallamos

Que estimando el recurso interpuesto por el FOGASA contra sentencia del Juzgado de lo Social Núm. DOS de ORENSE, de fecha 26 de marzo de 1996, revocando en parte la misma, debemos condenar y condenamos a la codemandada "U.F., S.A." a que solidariamente con las condenadas empresas: "M.E.C., S.L.", "M.R., S.L.", "S.M.L.", le abone a los actores las cantidades ya referidas, manteniendo en todo lo demás el fallo recurrido.

2635 RECURSO Nº 928/96

S.S.

DETERMINACIÓN DA COMPETENCIA MATERIAL E TERRITORIAL PARA COÑECER DA RECONVENCIÓN INTERPOSTA POLA EMPRESA DEMANDADA.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Jesús Souto Prieto

A Coruña, a veintinueve de marzo de mil novecientos noventa y nueve.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia,

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 928/96, interpuesto por don C.D.B. contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. uno de Santiago de Compostela.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 348/95 se presentó demanda por don C.D.B. en reclamación de salarios siendo demandado el empresa "F., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 22 de diciembre de 1995 por el Juzgado de referencia que estimó en parte la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "**PRIMERO.-** Que el actor prestaba sus servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa demandada "F., S.A.", dedicada a la actividad de construcción y obras públicas y con domicilio en Madrid C/..., con antigüedad desde el día veintidós de noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro, categoría profesional de Delegado de Edificación de Galicia y Asturias con efectos desde el día uno de mayo de mil novecientos noventa y tres, habiendo ocupado con anterioridad el puesto de Jefe de Grupo de Obras Galicia Edificación.- **SEGUNDO.-** Que el actor asistió a unas jornadas técnicas a finales de mil novecientos noventa y tres donde se le informó de los criterios que se seguirían para la fijación de las retribuciones correspondientes a mil novecientos noventa y cuatro, sin fijar porcentajes concretos, sin que el actor y otros Delegados de Edificación de la empresa hayan recibido para su suscripción los correspondientes documentos en los que constan concretamente los porcentajes en concepto de retribución variable.- **TERCERO.-** Que en el mes de enero de mil novecientos noventa y cuatro la empresa notificó a la mayoría de los Delegados de Edificación las concretas condiciones retributivas para mil novecientos noventa y cuatro, referidas tanto a la parte fija como a la variable de retribuciones, en los siguientes términos: el 3% sobre resultados de la Delegación, medidos según los criterios establecidos en "F., S.A." y que en ningún caso podrían ser negativos; el 0,36% del incremento de cartera de gestión local tomando como base de referencia la cartera de gestión local al cierre del año 1993; el 0,09% del incremento de cartera de gestión central, tomando como base la cartera de gestión central al cierre del año 1993 y no pudiendo superar la suma de las cantidades a percibir por el incremento de las carteras local y central una determinada cantidad; el 0,34% sobre la variación del capital, tomando como referencia el capital dispuesto de apertura al uno de enero de mil novecientos noventa y cuatro, sin que este concepto pudiera superar una determinada cantidad. Las cantidades correspondientes a retribuciones variables deberían de ser abonadas no más tarde del primer trimestre del año siguiente a su devengo, salvo las que excedieran de una determinada cantidad que serían abonadas en dos plazos iguales en los meses de diciembre de mil novecientos noventa y cinco y diciembre de mil novecientos noventa y seis, condicionado todo ello a la permanencia en la plantilla de la empresa.- **CUARTO.-** Que el actor percibió en 1994 las siguientes cantidades: once millones ochocientas cincuenta y ocho mil setecientas cuarenta y siete pesetas (11.858.747 pts) en concepto de retribución fija y la de un millón ochocientas mil pesetas (1.800.000 pts) en concepto de retribución variable.- **CINCO.-** Que en fecha veintiuno de julio