

referida a la composición producida en el Comité de Empresa.

A favor de esta última solución, atender a los respectivos miembros en el comité, hallamos tres argumentos. El primero de ellos es que la representación de los trabajadores en materia de seguridad y salud tiene calidad de especializada y es de segundo grado, habida cuenta de composición se haya vinculada a los preexistentes órganos de representación legal, al disponerse en el art. 35.2 LPRL que los delegados de prevención «serán designados por y entre los representantes del personal», «en el ámbito de los órganos de representación previstos en las normas a que se refiere el artículo anterior», o lo que es igual, en el ámbito fijado para los delegados de personal y comité de empresa por el ET, y en el marco de los delegados y juntas de personal establecidos para las Administraciones Públicas. En segundo término consideramos que esta solución, al llevar también a UTS al seno de la “C.S. y S.”, se muestra más respetuosa con la participación de las minorías y posibilita de esta forma que en tal órgano de representación –siquiera de segundo grado– se hallen presentes el mayor número de criterios y sensibilidades concurrentes en el propio comité de empresa, facilitando así el juego pleno de la representatividad por parte del mayor número de tendencias sindicales existentes, en cuanto las comisiones son precisamente el cauce adecuado para dar cumplimiento a sus respectivos intereses, y con ello se da más cumplida satisfacción al deseable respeto a las minorías, que no deja de estar presente en los arts. 1.1 CE y 4.2.c) LOLS. Y el tercero, ya apuntado en el recurso, es que los resultados contradictorios a que pueden llevar las propuestas –ambas aceptadas simultáneamente– de UGT y CCOO, suponen una oscuridad que no puede beneficiar precisamente a la parte que la ocasiona (art. 1.288 CC).

Pero de todas formas esta cuestión es intrascendente, habida cuanta de que el petitum de la CGT accionante va referida tan solo a su inclusión en la comisión, sin que pueda extenderse el pronunciamiento favorable a la organización UTS, que no es accionante en las presentes actuaciones y que no ha cuestionado la validez del acuerdo, y cuya presencia en autos –con incomparecencia en el acto de juicio– se debe muy contrariamente a su calidad de demandada. Por todo ello,

Fallamos

Que con estimación del recurso que ha sido interpuesto por la “C.G.T.”, revocamos la sentencia que con fecha 13-octubre-1999 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado

de lo Social nº cinco de los de Vigo, y acogiendo la demanda declaramos parcialmente nulo el acuerdo de 6-abril-1999 sobre composición de la “C.S. y S.” de “T.” (provincia de Pontevedra) y que tal comisión ha de estar integrada por dos miembros de la Confederación Intersindical Galega, otros dos de la Unión General de Trabajadores (UGT), uno de Comisiones Obreras (CCOO) y otro de la Confederación General del Trabajo (CGT). Y condenamos a los demandados “C.E.P.T.”, CIG, CCOO, UGT, UTS y ORGANIZACIÓN SINDICAL C.T.I. a estar y pasar por la presente declaración, con todos sus efectos.

2876 RECURSO N° 5.877/96

S. S.

PROCEDENCIA DE SANCIÓN DISCIPLINARIA DE SUSPENSIÓN DE EMPREGO E SOLDO IMPOSTA A TRABALLADOR, POR DESOBEDIENCIA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Luis Martínez López

A Coruña, a siete de febrero de dos mil.
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 5.877/99, interpuesto por don J.B.V. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. cinco de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 340/99 se presentó demanda por don J.B.V. en reclamación sobre sanción siendo demandada la empresa “G.V., S.L.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 30 de septiembre de 1999 por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes:
“1º.- Don J.B.V., con D.N.I. número..., trabaja para la empresa “G.V., S.L.”, domiciliada en la... (Vigo), desde el 02.08.73, con la categoría profesional de oficial 1^a y una retribución mensual de 114.831 pesetas, de salario base; 23.859 pesetas de antigüedad y 8.987 pesetas de retribución voluntaria./ 2º.- El día 25.05.99 la

empresa le notifica sanción de suspensión de empleo y sueldo, con la siguiente carta:/ “Recibido su pliego de descargo de fecha 7 de mayo de 1999, y analizados los mismos, se llega a la conclusión de la comisión por Vd. de los siguientes hechos:/ 1º.- El día 3 de mayo, a las 10 de su mañana, se le ordenó por el empresario desplazarse a la Residencia de la Tercera Edad del... para instalar allí un Grupo de motobomba, utilizando para dicho desplazamiento la furgoneta de la empresa conducida por Vd., como ha venido realizando siempre de forma habitual. Ha llamado Vd. a tres personas y en el medio de la nave, se ha negado a efectuar tal desplazamiento, alegando que estaba tomando unas medicinas y no podía conducir./ Ello ocasionó que, con quebranto manifiesto de la disciplina, el equipo no pudiese ser instalado, ocasionando los consiguientes perjuicios económicos y de imagen de la empresa./ Tal manifestación de no poder conducir, ha supuesto una versión engañosa constitutiva de deslealtad hacia la empresa, ya que ese mismo día. Vd. acudió al trabajo conduciendo su propio vehículo por la mañana, como igualmente lo hizo al finalizar la jornada de mañana, conduciéndolo Vd. y acompañándolo en el mismo de pasajera M.S./ No se admiten sus alegaciones de no estar obligado a conducir, pues desde la obtención del permiso de conducir, ha venido conduciendo habitualmente la furgoneta de la misma para realizar los trabajos, y se ha negado en las dos últimas ocasiones, buscando no se sabe muy bien qué. Además, esta manifestación la realiza ahora y no en el momento de los hechos, donde lo único que manifestó fue que se negaba al desplazamiento por estar tomando medicinas y no poder conducir, lo que resultó falso, no manifestando tampoco entonces nada de que se le facilitase transporte público./ Sus propias alegaciones de descargo vienen a confirmar la existencia de la desobediencia y de la mentira cuando afirmaba no poder conducir por estar medicado, a lo que no alude ahora para nada./ 2º.- Con fecha 26 de abril del actual, previo expediente instruido, ya fue sancionado como autor de una falta grave motivada por causa de desobediencia, negarse a realizar un trabajo conduciendo la furgoneta de la empresa. Por tratarse aquella de la primera vez, fue sancionado con amonestación, y al no haberse reclamado contra la misma, es firme. Con estos segundos hechos realizados, ha incurrido Vd. en reincidencia./ 3º.- No se admite en modo alguno por ser rotundamente falsa, su manifestación que de estos hechos son represalias por su actividad sindical. Vd. sabe que siempre y con habitualidad ha conducido la furgoneta de la empresa para desplazarse a realizar sus trabajos y que nunca había existido el menor problema al

respecto ni nadie le había sancionado. El pasado día 26 de marzo, se niega por primera vez, se le instruye un expediente y se le sanciona. Vuelve a desobedecer el día 3 de mayo y se le abre el expediente actual. En los cuatro años anteriores en que ha sido representante sindical, nadie le ha sancionado por no incurrir en causas para ello, por lo que escudarse ahora en represalias sindicales es inadmisible, cuando lo único que ocurre es que mantiene una actitud indisciplinada y la empresa entiende que ha de cumplir con sus obligaciones como cualquier otro trabajador, sin que su condición le pueda eximir de las obligaciones de su trabajo y de obedecer al empresario./ Por todo lo anteriormente expuesto, la empresa considera que los hechos descritos, y objeto del expediente son constitutivos de una falta muy grave de disciplina y desobediencia, con deslealtad a la empresa y suponiendo quebranto de la disciplina y perjuicio económico, incurriendo además en reincidencia con respecto a la falta grave ya sancionada el 26 de abril de 1999 en expediente instruido el 5 de abril de 1999, a tenor de lo dispuesto en los arts. 5, 20 y 54 del Estatuto de los Trabajadores y 94 y 95 de la Ordenanza Laboral Siderometalúrgica en relación con el artículo 34 del vigente Convenio Colectivo del Sector./ Por ello, se le impone la sanción de suspensión de empleo y sueldo durante un mes, que comenzará a cumplir a partir del lunes día 24.05.99”./ 3º.- El día cuatro de mayo se le había comunicado el escrito que dice:/ “Muy señor nuestro: Con fecha 06.04.99 le fue incautado un expediente disciplinario por desobediencia al empresario, al negarse a cumplimentar órdenes de trabajos de carácter habitual en su actividad en la empresa./ Como consecuencia de este expediente, con fecha 26.04.99, le fue notificada la sanción de amonestación por escrito, sanción muy por debajo de la importancia de su falta, pero que creímos sería suficiente para que en el futuro desaparecieran estas desobediencias a las órdenes del servicio./ No obstante lo antedicho, el pasado día 3 de los corrientes, a las 10,00 de la mañana, el director de la empresa le ha dado orden de desplazarse a la Residencia de la Tercera Edad del..., para instalar allí un grupo de motobomba. Su reacción fue llamar a tres testigos y en medio de la nave se ha pronunciado, como si el diálogo afectara a todos los trabajadores de la Empresa, diciendo que estaba “tomando unas medicinas y no puedo conducir”./ Así, el equipo a instalar no le pudo ser montado al cliente y al no poder la empresa mandar a otra persona por estar ya sus demás compañeros con trabajos urgentes, ha quedado mal la empresa con el mismo, afectando obviamente a su imagen en el mercado./ Sorprendentemente, se ha podido verificar que

Vd. había acudido al trabajo con su vehículo, y a la salida de la jornada de mañana, a las 13,00 horas, se dirigió a su vehículo en el aparcamiento y entrando en él Vd. y su compañera de trabajo, M.S., cogió el mando del coche y lo condujo normalmente./ Pudiendo encontrarnos ante faltas de desobediencia reiterada con posibles excusas que pudieran tratarse de engaño y por tanto de conculcar el principio de buena fe, pasamos a poner en su conocimiento./ 1) Que esta dirección considera que estas faltas reiteradas pueden ser constitutivas de sanción por falta muy grave./ 2) Que por ello y de acuerdo con el artículo 68 de la Ley Estatuto de los Trabajadores, se procede con fecha de hoy a la apertura de expediente contradictorio./ 3) Que asimismo se abre un plazo de CUATRO DÍAS laborales para que se incorpore Vd. al expediente y alegue en su defensa lo que considere oportuno./ 4) Finalizado este plazo y de no recibir noticias suyas al respecto, esta dirección entenderá que no le interesa argumentar nada en su defensa y procederá en consecuencia./ Rogando firme “el enterado” de esta comunicación, sin otro particular, le saludamos atentamente”./ 4º.- El día 7 de mayo el actor entregó a la empresa el escrito de alegaciones o descargo siguiente:/ J.B.V., a la vista de la notificación recibida sobre el segundo expediente disciplinario de fecha 04.05.99, viene a alegar el siguiente PLIEGO DE DESCARGOS: / 1.- En primer lugar, estimo que no estoy obligado a conducir, pues en ningún momento se estipuló entre las partes la prestación de dicho servicio, que en todo caso comporta un riesgo que la empresa no me cubre./ 2.- En ningún momento me negué a realizar el trabajo que, según su escrito era necesario realizar. Y he manifestado, como siempre, mi disposición a realizarlo, si me llevan, bien en coche a la empresa, o en taxi, o en transporte público, como acontece en múltiples ocasiones./ 3.- De nuevo debo manifestarle que estas anomalías no son más que represalias por mi actividad sindical y reivindicativa./ En consecuencia, no he incurrido en falta alguna.”/ 5º.- El actor ostenta el cargo de delegado por la CIG desde el 25.05.95, habiendo sido reelegido el 01.06.99./ 6º.- El 12 de marzo del presente año, compareció como testigo en juicio número 140/99 seguido en el Juzgado Social número 4 de Vigo, en un juicio por vacaciones./ Desde el mes de febrero ha venido usando con relativa frecuencia el crédito horario sindical para el ejercicio de su labor./ 7º.- El 10 de marzo elevó a la dirección de la empresa la solicitud de un tablero de anuncios en un lugar visible. Y la Inspección de Trabajo giró visita de inspección el día 06.04.99 y 19.04.99, requiriéndole para la puesta a disposición de un tablón de anuncios y

recordándole el cumplimiento, poniendo como fecha tope el 23.04.99. Se extendió acta de infracción contra la empresa, en virtud de denuncia formulada contra ella el 7 de mayo, por el Sr. B.V. como delegado, por carecer de tablero de anuncios./ El empresario arrancó del tablón de anuncios propaganda de la huelga del metal./ 8º.- Durante el año 1998 el demandante realizó por mandato de la empresa 19 salidas para trabajar conduciendo el vehículo de dicha empresa./ 9º.- El día tres de mayo cuando fue llamado para que se desplazase al Meixoeiro a montar una bomba, se excusó diciendo ante testigos, que no podía conducir. Ese mismo día había llegado al trabajo conduciendo su propio vehículo y a la salida del trabajo volvió a conducirlo llevando a una compañera de trabajo, como suele hacer habitualmente./ La bomba referida estaba en el taller desde el día 22 de abril, en que se desmontó y se trajo para su reparación. No se volvió a llevar hasta el día 13 de mayo./ 10º.- Se intentó conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraxe e Conciliación que resultó sin avenencia.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que desestimando la demanda interpuesta por don J.B.V., contra la empresa “G.V., S.L.”, debo absolver y absuelvo a dicha demandada de las pretensiones de la demanda, confirmando la sanción impuesta por falta muy grave de disciplina y desobediencia.”

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

ÚNICO.- La sentencia de instancia desestima la demanda formulada y confirma la sanción impuesta al actor de un mes de suspensión de empleo y sueldo por una falta muy grave de disciplina y desobediencia. Frente a dicha resolución se alza en suplicación el demandante para denunciar la infracción por vulneración del artículo 24.1 en relación con el 120, ambos de la Constitución Española y del artículo 97.2 de la L.P.L. alegando, en síntesis, que la prueba practicada en juicio ha puesto de relieve que el actor estaba tomando medicación psicofarmacológica que podía restarle capacidad para conducir, por lo que la relevancia de estos extremos probatorios, como fundamento de la pretensión del actor, no han sido tenidos en cuenta por el Juzgador, que no formula convicción sobre hechos tan relevantes para el sentido del fallo ni exterioriza ninguna valoración sobre las pruebas testificales practicadas y las documentales aportadas, por

todo lo cual postula la nulidad de la sentencia, retrotrayendo las actuaciones el momento de dictar sentencia para que se subsane la deficiencia apuntada.

Conviene advertir, en primer lugar, que si lo que se pretende es la nulidad de la sentencia y la remisión de los autos al Juzgado de procedencia para que dicte una nueva resolución, el amparo procesal que había de invocarse era el a) y no el c) al que acude el recurrente.

Por otro lado lo que en realidad persigue el recurrente es, utilizando un cauce distinto al adecuado, introducir una serie de matizaciones que vengan a cuestionar los hechos que se recogen en la relación histórica de la resolución recurrida y en los que se ha basado el juzgador de instancia, para así llegar a una conclusión distinta a la obtenida por el magistrado “a quo”, pues no cabe alegar que el Juzgador no ha hecho valoración de la prueba cuando en los fundamentos de derecho se hace constar expresamente que “de lo alegado y admitido por las partes en el acto de juicio y de las pruebas practicadas en él, documental, confesión y testifical, las cuales valoradas legalmente, conforme a los artículos 1.218, 1.225 y 1.232 y siguientes del Código Civil, producen en ánimo del juzgador el convencimiento de la verdad formal de los recogidos en el relato fáctico...”, pasando a continuación a analizar los motivos en los que se basa el actor para impugnar la sanción impuesta y a rechazarlos al considerar que el accionante ha incurrido en un claro supuesto de desobediencia grave que justifica la sanción impuesta por la empresa de un mes de suspensión y empleo y sueldo.

Si realmente el actor estaba tomando una medicación que desaconsejaba o hacía poco recomendable la conducción de un vehículo, algo que por otro lado venía realizando de forma habitual, el modo correcto de proceder hubiera sido poner en conocimiento de la dirección de la empresa, en el momento de incorporarse esa mañana al trabajo, tal circunstancia, exhibiendo el correspondiente certificado médico o informe pertinente en el que claramente se especificara la medicación que estaba tomando, la necesidad de la misma y si entre los posibles efectos que producía podría restarle capacidad para conducir. Pero lo que no resulta admisible es que el actor, que esa misma mañana se había incorporado a su trabajo pilotando su propio vehículo, cuando a las 10 de la mañana recibe la orden del empresario para que se desplace a la Residencia de la Tercera Edad de... para instalar allí un grupo de motobomba, utilizando para dicho desplazamiento la furgoneta de la empresa conducida por el mismo como ha venido realizando siempre de forma habitual, es negarse rotundamente a efectuar tal

desplazamiento, alegando que estaba tomando unas pastillas y que no podía conducir, pues como se deja expuesto, tal circunstancia de ser cierta, debió ponerse en conocimiento de la empresa en el momento de su incorporación al trabajo, acreditando tal necesidad y las consecuencias negativas para pilotar un vehículo, máxime cuando el actor ya era reincidente en el mismo tipo de desobediencia, pues el pasado 26 de marzo, previo expediente instruido, ya había sido sancionado como autor de una falta grave motivada por causa de desobediencia al negarse a realizar un trabajo conduciendo la furgoneta de la empresa, que ésta sancionó, por tratarse de la primera vez, con una amonestación que, al no haber reclamado contra la misma ha quedado firme. Con tal precedente lo correcto hubiera sido que el día 3 de mayo no esperase a recibir la orden de la empresa para que se desplazase pilotando la furgoneta, sino que debió antes justificar y acreditar la imposibilidad de poder llevar a cabo tal cometido, que al parecer era bastante habitual lo que hacía previsible que el actor recibiera tal orden, y no negarse a cumplirla bajo un pretexto que, como se indica, pudo y debió poner en conocimiento de la empresa antes de recibirla para que aquella pudiera disponer y atender aquella necesidad de desplazamiento.

Por todo lo expuesto es procedente desestimar el recurso de suplicación formulado y confirmar la resolución recurrida.

Fallamos

Que con desestimación del recurso de suplicación interpuesto por don J.B.V. contra la sentencia de fecha treinta de septiembre de mil novecientos noventa y nueve dictada por el Juzgado de lo Social número cinco de Vigo, en autos seguidos a instancia del recurrente frente a la empresa “G.V., S.L.” sobre sanción, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

2877 RECURSO N° 5.547/96

S. S.

NULIDADE DE ACTUACIÓNS EN PROCESO DE CONFLICTO COLECTIVO, POR FALTA DE MOTIVACIÓN DA SENTENCIA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Elias López Paz

A Coruña, a diez de febrero de dos mil.
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 5.547/99, interpuesto por don J.B.V. en nombre y representación del sindicato CC.OO de Galicia contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. cuatro de los de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 381/99 se presentó demanda por el sindicato nacional de CC.OO. de Galicia sobre Conflicto colectivo de trabajo, frente a la “Consellería de Sanidade e Servicios Sociais - Xunta de Galicia”. En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha diez de junio de 1999 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 presente Conflicto Colectivo afecta a la “R.A.T.E.” de Oleiros, dependiente del Organismo demandado, y a la totalidad del personal que presta servicios en dicho centro, en número aproximado de 250 trabajadores. SEGUNDO: Que el Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Xunta de Galicia, en su artículo 32, establece que “nos centros de asistidos as situaciones de incapacidad laboral transitoria derivada de enfermedad común, enfermedad profesional, accidente de trabalho, accidente non laboral ou maternidades, nas que a duración previsible sexa dun mes ou superior, cubriranse inmediatamente por contratos de interinidades, mentres dure esta situación. Excepcionalmente e por necesidades do servicio, este límite poderá ser inferior”. TERCERO: Que la demandada en los períodos que a continuación se detalla y durante los años señalados, ha dejado de cubrir con persona contratado en régimen de interinidad las bajas por enfermedad acaecidas, con duración superior al mes.

ENERO y FEBRERO 1996

CATEGORÍA PROFESIONAL	NOMBRE	DURACIÓN BAJA	DÍAS BAJA
Auxiliar Clínica	P.Z., P.	20.01.96 a 29.02.96	59
Auxiliar Clínica	V.A., M.	27.01.95 a 17.01.96	74
Auxiliar Clínica	G.N., A.	11.01.96 a 07.03.96	48
Camarera-limpiadora	V.G., C.	26.11.95 a 01.12.95	57
Camarera-limpiadora	V.V., A.	07.12.96 a 12.01.96	36

MARZO y ABRIL 1996

CATEGORÍA PROFESIONAL	NOMBRE	DURACIÓN BAJA	DÍAS BAJA
Auxiliar Clínica	P.M., D.	19.02.96 a 19.04.96	60

JULIO y AGOSTO 1996

CATEGORÍA PROFESIONAL	NOMBRE	DURACIÓN BAJA	DÍAS BAJA
Camarera-limpiadora	F.N., I.	06.07.96 a 27.08.96	52
Camarera-limpiadora	V.G., C.	10.09.96	
Ordenanza	B.L., R.	25.06.96 a 27.08.96	62
Administrador	V.G., R.	08.01.96 a 23.07.96	195
Auxiliar Clínica	G.F., L.	06.05.96 a 02.09.96	118
Auxiliar Clínica	V.G., J.	26.06.96 a 03.09.96	69

SEPTIEMBRE y OCTUBRE 1996

CATEGORÍA PROFESIONAL	NOMBRE	DURACIÓN BAJA	DÍAS BAJA
Ordenanza	O.F., C.	06.09.96 a 18.10.96	42
Auxiliar Clínica	A.R., P.	15.10.96 a (sic)	57
Auxiliar Clínica	I.A., E.	30.08.96	
Auxiliar Clínica	D.G., A.	16.09.96	
Auxiliar Clínica	C.R., C.	01.10.96	
Auxiliar Clínica	N.A., B.	01.10.96	
Auxiliar Clínica	V.G., J.0	07.10.96	
Auxiliar Clínica	P.S., S.	10.10.96	
Auxiliar Clínica	C.L.	30.10.96	

NOVIEMBRE y DICIEMBRE 1996

CATEGORÍA PROFESIONAL	NOMBRE	DURACIÓN BAJA	DÍAS BAJA
Camarera-limpiadora	F.N.	03.01.98	
Auxiliar Clínica	G.F., L.	15.01.97	
Auxiliar Clínica	A.R., P.	10.01.97	
Auxiliar Clínica	L.C., A.	13.01.97	
Auxiliar Clínica	L.A., L.	20.01.97	
Auxiliar Clínica	M.B., J.	08.01.97	
Asistente Técnico Sanitario	R.G., J.	01.01.97	
Terapeuta	A.G., T.	15.01.97	
Fisioterapeuta	C.P., M.	15.01.97	

ENERO y FEBRERO 1997

CATEGORÍA PROFESIONAL	NOMBRE	DURACIÓN BAJA	DÍAS BAJA
Auxiliar Clínica	D.G., A.	16.09.96 a 22.01.97	126

MARZO, ABRIL y MAYO 1997

CATEGORÍA PROFESIONAL	NOMBRE	DURACIÓN BAJA	DÍAS BAJA
Oficial 2ª Cocina	R.N., M.	04.02.97 a 31.03.97	56
Auxiliar Clínica	I.C., A.	29.03.97 a 07.05.97	40
Terapeuta	A.G., T.	15.01.97 a 28.04.97	104
Auxiliar Clínica	M.B., J.	08.01.97 a 14.04.97	97
Auxiliar Clínica	G.V., E.	24.01.97 a 27.02.97	35
Auxiliar Clínica	T.L., C.	26.02.97 a 09.04.97	43

SEPTIEMBRE, OCTUBRE y NOVIEMBRE 1997

CATEGORÍA PROFESIONAL	NOMBRE	DURACIÓN BAJA	DÍAS BAJA
Auxiliar Clínica	I.L., M.	30.06.97 a 31.07.97	32
Auxiliar Clínica	F.N., F.	21.07.97 a 30.09.97	86
Auxiliar Clínica	P.D., E.	15.10.97 a 17.11.97	34

DICIEMBRE/97 y ENERO y FEBRERO/98

CATEGORÍA PROFESIONAL	NOMBRE	DURACIÓN BAJA	DÍAS BAJA
Auxiliar Clínica	B.V., F.	26.11.97 a 05.01.98	41

ABRIL, MAYO, JUNIO, JULIO y AGOSTO 1998

CATEGORÍA PROFESIONAL	NOMBRE	DURACIÓN BAJA	DÍAS BAJA
Auxiliar Clínica	V.P., M.	29.04.98 a 08.06.98	41

SEPTIEMBRE, OCTUBRE y NOVIEMBRE 1998

CATEGORÍA PROFESIONAL	NOMBRE	DURACIÓN BAJA	DÍAS BAJA
Auxiliar Clínica	R.D., M.	21.07.98 a 30.09.98	71
Auxiliar Clínica	D.G., A.	27.07.98 a 16.10.98	81
Auxiliar Clínica	B.R., C.	11.01.99 a 05.03.99	53

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO. Que estimando en parte la demanda promovida por el SINDICATO NACIONAL DE COMISIONES OBRERAS DE GALICIA contra la “CONSELLERÍA DE SANIDADE E SERVICIOS SOCIAIS DA XUNTA DE GALICIA”, debo declarar y declaro que el art. 32, párrafos 2º y 3º del Convenio Colectivo Único de la Xunta de Galicia es de aplicación a la “R.A.T.E.” de Oleiros, y que la demandada tiene obligación de cubrir las situaciones de incapacidad que se produzcan en dicho Centro y que sean previsiblemente de duración superior al mes, con contratos de interinidad concertados al efecto, condenando a la demandada a estar y pasar por la anterior declaración, absolviéndola en cuanto a la pretensión contenida en el tercer punto del suplico de la demanda”.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante, que fue 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, estimando en parte la demanda de Conflicto Colectivo interpuesta por el Sindicato Nacional de Comisiones Obreras de Galicia, declara que la demandada *Consellería de Sanidade e Servicios Sociais da Xunta de Galicia*, viene obligada a cubrir las situaciones de incapacidad que se produzcan en la “R.A.T.E.” de Oleiros y que sean previsiblemente de duración superior al mes, con contratos de interinidad que deben

concertarse al efecto, absolviendo a la citada *Consellería* en cuanto a la pretensión contenida en el punto tercero del súplico de la demanda, en el que se postula “que se cubran de inmediato las bajas que se ocasionen y que afecten a áreas fundamentales del centro cuyo personal se encuentre en contacto directo con los residentes asistidos”. Y disconforme el sindicato demandante con la absolución de la *Consellería*, en relación con el citado punto tercero de la demanda, interpone recurso de suplicación que consta de un solo motivo dedicado al examen de las infracciones legales y, bajo el amparo procesal del apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, denuncia infracción, por interpretación errónea, del artículo 32, párrafos 2º y 3º del Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Xunta de Galicia, en relación con los artículos 3.1.b) y 82 y siguientes del Estatuto de los Trabajadores, alegando, en síntesis, que en la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida no se efectúa alusión alguna a la absolución, desestimándose la demanda en este punto, sustrayendo a la parte recurrente de la debida argumentación y fundamentación jurídica que procedería ante dicha decisión.

A la vista de la argumentación contenida en el motivo de recurso, ciertamente el objeto del mismo va referido a denunciar infracción de normas o garantías que han producido indefensión, y el cauce adecuado que debió seguirse sería el apartado a) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, con cita de los preceptos constitucionales vulnerados por la sentencia recurrida. En cualquier caso, con carácter previo al examen del motivo de

recurso, la Sala debe examinar, con carácter preferente y de oficio, si en el presente caso se han observado todas las prescripciones legales, puesto que constituye un deber inexcusable de los Tribunales el de velar por la legalidad y el estricto cumplimiento de las normas procesales, en cuanto cauce de todo Ordenamiento jurídico.

SEGUNDO.- Según ha declarado reiteradamente la doctrina jurisprudencial, sobre los tribunales pesa el deber de que, al dictar sus sentencias, éstas sean claras, precisas y congruentes con las demandas y con las pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, haciendo las declaraciones que éstas exijan, condenando o absolviendo al demandado, y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate; deber que viene impuesto por el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de aplicación subsidiaria a la Ley de Procedimiento Laboral, en virtud de lo previsto en la disposición adicional primera, número uno.

Por su parte, el Tribunal Constitucional en su sentencia de 14 de enero de 1991 (S.T.C. 1/91) ha declarado que “el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva incluye como contenido básico el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta a las pretensiones planteadas que sea motivada y fundada en derecho y no manifiestamente arbitraria o irracional”. Así lo ordena el nº 3 del art. 120 de la Constitución, al disponer que “las sentencias serán siempre motivadas”, y este mandato constitucional encuentra su desarrollo ordinario en el artículo 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial al decir que “las sentencias se formularán expresando, tras un encabezamiento, en párrafos separados y numerados, los antecedentes de hecho, los hechos probados, en su caso, los fundamentos de derecho y, por último, el fallo”; en el artículo 372.3 de la supletoria Ley de Enjuiciamiento Civil: “...se apreciarán los puntos de Derecho fijados por las partes, dando las razones y fundamentos legales que se estimen procedentes para el fallo que haya de dictarse y citando las leyes y doctrinas que se consideren aplicables al caso”. Y en el artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral se establece que “la sentencia deberá expresar, dentro de los antecedentes de hecho, resumen suficiente de los que hayan sido objeto de debate en el proceso. Asimismo, y apreciando los elementos de convicción, declarará expresamente los hechos que estime probados, haciendo referencia en los fundamentos de Derecho a los razonamientos que le han llevado a esta conclusión. Por último, deberá fundamentar suficientemente los pronunciamientos del fallo”.

Asimismo, la sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de febrero de 1987 (S.T.C.

13/87 – R.T.C. 1987-13) nos recuerda que “el artículo 120.3º de la Constitución establece que las sentencias serán siempre motivadas, y la relación sistemática de este precepto con el artículo 24 lleva a la conclusión ineludible de que el ciudadano que tiene derecho, como tutela efectiva, a la sentencia, lo tiene también al requisito o condición de motivada... requisito que expresa un derecho del justiciable y el interés legítimo de la comunidad jurídica en general de conocer las razones de la decisión que se adopta y, por tanto, el enlace de esta decisión con la Ley y el Sistema General de Fuentes, en cuanto aplicación de ellas que es”. Estableciéndose, igualmente, en la misma sentencia que “el juzgador debe explicar la interpretación del Derecho que realiza”.

Y en la sentencia del mismo Tribunal de 8 de octubre de 1986 (R.T.C. 1986-116) se señala que “la mera emisión de una declaración de voluntad no debe estimarse ni respuesta judicial suficiente ni satisfacción adecuada al derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24.1 de la Constitución”.

La aplicación de esta doctrina constitucional y los claros mandatos de la legalidad constitucional (arts. 24 y 120) y de la legalidad ordinaria anteriormente citados (arts. 372 L.E.C., 97.2 L.P.L. y 284.3 L.O.P.J.), la Sala entiende que no se han cumplido en la sentencia recurrida, la cual absuelve a la *Consellería* demandada de la pretensión deducida en el punto tercero del súplico de la demanda, sin contener razonamiento o motivación alguna respecto a dicha absolución, por lo que se ha producido la vulneración denunciada en el recurso, sustrayendo a la parte recurrente de los razonamientos que han llevado a la juzgadora de instancia a no estimar el citado punto tercero del súplico de la demanda, lo que produce una evidente incongruencia omisiva o negativa por falta de motivación.

TERCERO.- La apreciación de la citada vulneración lleva a la sala a la revocación de la sentencia recurrida y, sin entrar a conocer el fondo del asunto, acuerda la nulidad de la misma y la reposición de los autos al estado en que se encontraban en el momento de cometerse la infracción, tal como expresamente ordena el artículo 200 de la Ley de Procedimiento Laboral; en este concreto caso, la reposición debe hacerse al momento inmediatamente posterior a la celebración del Juicio, para que por la magistrada de instancia se dicte nueva sentencia con libertad de criterio y con arreglo a derecho.

Fallamos

Que apreciando de oficio la infracción de normas o garantías de procedimiento, en que incurre la sentencia del Juzgado de lo Social

número cuatro de A Coruña, de fecha 10 de junio de 1999, en proceso sobre Conflicto Colectivo, debemos declarar y declaramos la nulidad de la sentencia recurrida y, sin entrar a conocer el fondo del asunto, se acuerda la reposición de los autos al momento inmediato posterior a la celebración del Juicio, para que por la magistrada de instancia, con plena libertad de criterio, se dicte nueva sentencia, motivando y fundamentando la pretensión deducida en el punto tercero contenido en el súplico de la demanda y consiguiente absolución de la *Consellería* demandada sobre dicha pretensión.

2878 RECURSO N° 72/2000

S. S.

DIFERENCIAS ENTRE “ANTIGÜIDADE” E “TEMPO DE SERVICIOS”, A EFECTOS DA FIXACIÓN DE SALARIOS DE TRAMITACIÓN EN DESPEDIMENTOS.

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

A Coruña, a once de febrero de dos mil.
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. 72/2000 interpuesto por don J.L.B.P. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de La Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don J.L.B.P. en reclamación de despido siendo demandado el “B.S.C.H., S.A.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 797/99 sentencia con fecha 4 de noviembre de 1999 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) Que el actor, don J.L.B.P., inició su relación laboral en el “B.H.A., S.A.” el 01.11.64, ostentando la categoría de ‘Inspector 2ª’ (Jefe de 4ª en plaza de grupo A), en el año 1974, correspondiéndole un salario mensual de 354.221 pesetas con prorratae de pagas

extraordinarias./ 2º) Que en el año 1974 el entonces “B.H.A.”, tiene una importante participación accionarial (13%) en la empresa “A.A., S.A.” y por ello, derecho a proponer un cargo directivo en esta entidad. La dirección del banco, por estimar que el actor reunía los requisitos de capacidad y confianza, le propuso ordenó, pasase a desempeñar la Jefatura financiera dependiente del director financiero en “A.A., S.A.”, teniendo previsto cargo futuro de más responsabilidad; y así, de común acuerdo, se redactó el 8 de abril de 1974 escrito dirigido al entonces subdirector general y director del departamento de personal del “B.H.A.” don J.Z.G., del siguiente tenor literal: “Mi estimado y respetado don J.: Por indicación de la superioridad, me he puesto en contacto con el Sr. R., Director-Gerente de la empresa “A.A., S.A.” en cuyo capital tiene una importante participación del 13% nuestro banco, y que se halla interesada en cubrir una vacante en sus cuadros directivos de personal. Como resultado, y enfocando este asunto como un acto de servicio más hacia nuestro banco, al cual me debo, he mantenido conversaciones con dicho representante de esta sociedad en cuanto a condiciones y categoría –jefatura financiera dependiente de un director financiero- para ser sometidas al criterio de esa superioridad por si estimaran oportuno mi pase a dicha empresa. Desconocedor de las condiciones precisas bajo las cuales podría formalizarse mi cese en el banco, de forma que pudieran mantener una estrecha y máxima vinculación, sin lo cual en modo alguno accedería a este cambio de empresa, someto este asunto a su superior consideración para llegar a una solución, de modo y manera en que tal ha ocurrido en casos similares que se han presentando en ocasiones precedentes. Mi deseo sería que, en caso de serme concedida una excedencia, ésta fuera por tiempo indefinido y manteniéndose mi actual categoría y antigüedad, junto con los aumentos y mejoras otorgadas en los convenios colectivos durante mi permanencia fuera de la empresa, para prever la circunstancia de que interesaría mi reintegro a la plantilla del banco en cualquier momento. Además, deseo exponer que “A.A., S.A.” esperaba mi incorporación para el pasado día 1 de abril, sin que ello fuera posible por circunstancias de trabajo –mi reciente visita de inspección y la confección del informe correspondiente y no deseando causar en mis nuevos superiores una impresión inicial de falta de interés, ruego sea resuelto este expediente a la mayor brevedad, presentándole mis disculpas por las molestias que pudiera ocasionar con tal motivo. Esperando que me pase las instrucciones convenientes, a las cuales me someto de antemano, le saluda atentamente suyo s.s. y subordinado”./ 3º) Que en escrito de 10 de

mayo de 1974 el director regional del “B.H.A.” concede dicha excedencia en los siguientes términos: “Nos referimos al escrito que tiene cursado con fecha 9 de abril ppdo. Al director del departamento de personal de nuestro banco, por nuestra mediación. Nos agrada comunicar a usted que, de acuerdo con su exposición, le ha sido concedida excedencia por tiempo indefinido mientras preste sus servicios en la empresa “A.A., S.A.”, reconociéndosele a efectos de antigüedad el tiempo que dura la excedencia. Le rogamos nos informe de la fecha exacta en que se ha de producir su baja para los trámites pertinentes”. Que en fecha 15 de mayo de 1974 el actor comienza a prestar servicios en la empresa “A.A., S.A.”/ 4º) Que el actor fue despedido de la empresa “A.A., S.A.” el 19 de julio de 1999, interponiéndose la correspondiente demanda por despido, y celebrándose acto de conciliación que finalizó con avenencia el 28 de julio de 1999, por la que se reconocía la improcedencia del despido, percibiendo el actor la suma de 34.500.000 pesetas en concepto de indemnización, más 1.333.311 pesetas en concepto de salarios de tramitación y finiquito de la relación laboral./ 5º) que el actor en cumplimiento de las condiciones que figuraban en el escrito de fecha 10 de mayo de 1974, solicitó después de realizar varias gestiones a medio de escrito de fecha 23.08.99 su reincorporación automática e inmediata a la plantilla fusionada e integrada en el “B.S.”, y posteriormente comunica al actor: “Acusamos recibo a su atenta carta del 23 de agosto pasado, por la que solicita la reincorporación a nuestra entidad, para participarle que de ningún modo podemos atender su petición puesto que no concurren las causas por las cuales podría solicitar su reingreso en el banco. En primer lugar, y como Vd. conoce, el motivo de su pase a “A.A., S.A.”, fue motivada por la fuerte participación de capital que entonces tenía en dicha empresa el “B.H.A., S.A.”, que se elevaba al 13%. Posteriormente en el año 1984, el banco dejó de tener tal importante participación, momento en el cual podría haber solicitado su reingreso, puesto que ya no se daban las circunstancias por las cuales Vd. disfrutaba de la excedencia especial. Pero, en cualquier caso, para que su solicitud de reingreso hubiese podido tener acogida favorable, tendría que haberse producido estando en activo en la mencionada empresa, y no cursar su petición una vez producido el cese en la misma, cese que, dados los términos en los que se ha producido, no deja, al menos, de causar una sorprendente extrañeza. Consecuentemente, no le asiste ningún derecho al reingreso en el Banco, al no tener ninguna vinculación laboral con el mismo”./ 6º) Que por considerar el actor que los hechos contenidos en

la citada carta son constitutivos de despido, interpuso papeleta de conciliación ante el SMAC el 17 de setiembre de 1999, que finalizó “sin avenencia” en virtud de acto de conciliación celebrado el 1 de octubre de 1999./ 7º) Que el actor no ostenta ni ha ostentado cargo de representación sindical alguno”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: que estimando en parte la demanda interpuesta por don J.L.B.P., contra la empresa “B.S.C.H., S.A.”, debo declarar y declaro la “improcedencia” del despido, condenando a la empresa demandada a fin de que, en el plazo de cinco días, opte por la readmisión del actor en su puesto de trabajo o le indemnice en la suma 5.184.207 pesetas, más los salarios de tramitación dejados de percibir desde la fecha del despido, 23.08.99, hasta la de la presente resolución”.

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.- En su recurso frente a la sentencia de instancia, el trabajador solicita la revisión de los hechos declarados probados en dos concretos extremos.

1.- La primera de las revisiones va dirigida a corregir el salario que en la sentencia se hace constar (354. 221 pts.), poniendo de manifiesto que la juzgadora ha incurrido en error mecanográfico, puesto que el salario que toma – de hoja de cálculo proporcionada por la empresa: folio 79– expresa la cantidad de 364.221 pts; y que a tal cantidad ha de añadirse 24.586 pts/mes previstas en el art. 16 del CC por “antigüedad en el grupo de técnicos” y 113.200 pts/mes más “como gratificación de jefatura actualizada”. El primer extremo ha de aceptarse, por razonarse expresamente en la sentencia que se acepta la remuneración expuesta por la empresa y haberse sufrido –es evidente– el error que se denuncia. Pero el segundo no puede ser acogido, pues en demanda y acto de juicio únicamente se sostiene la procedencia de determinado salario 477.240 pts/mes, sin explicación alguna; y ni siquiera se hace oposición formal u objeción alguna a la hoja salarial explicativa aportada por la demanda. De esta forma, sostener en este trámite por primera vez la procedencia de determinados conceptos retributivos, jurídicamente objetables (véase los argumentos ofrecidos al efecto en el escrito de impugnación del recurso), se traduce en desconocer que el recurso de suplicación tiene naturaleza

extraordinaria y que por ello en él tan sólo 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 SSTS Galicia –entre tantas– de 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, 16-diciembre-98 R. 5.517/95, 21-enero-99 R. 5.021/98, 21-enero-99 R. 57/96, 22-enero-99 R. 4.830/98, 15-febrero-99 R. 169/96 y 10-junio-99 R. 2.894/96).

2.- La segunda variación fáctica va dirigida a incorporar al relato de hechos como ordinal tercero bis el texto íntegro de una carta –fechada en 9/abril/74– que la dirección regional remitió al departamento de personal, en la que se expone la conveniencia que para el Banco supondría disponer de una persona de confianza en “A., S.A.” y se propone a la persona del hoy actor, a la que se considera persona idónea a los citados efectos, indicando que se acompaña escrito del mismo solicitando sea aprobado su pase a la citada empresa “deseando se le pudiera complacer”. Y aunque básicamente e contenido ya se encuentra en la decisión recurrida, la existencia documentada (folio 74) de tal carta justifica que se acepte la propuesta revisoria, cuyo literal texto damos por reproducido y cuyo resumen hemos expuesto, prescindiendo de referencias que en nada afectan a la litis.

SEGUNDO.- En el apartado de examen del derecho, la parte recurrente denuncia la infracción del art. 56.1.a) ET, en relación con los arts. 1.281 y 1.282 Código Civil. Con tal denuncia, el trabajador sostiene que los salarios de trámite y la indemnización se deben ajustar al módulo salarial pretendido y que procede computar el tiempo de servicios en que el Sr. B. permaneció en situación de excedencia voluntaria.

1.- El primero de los extremos ha de acogerse en parte, habida cuenta del éxito parcial de la pretendida modificación del salario (364. 221 pts), que ha de reflejarse en los correspondientes salarios de trámite; pero no así en el montante de la indemnización, por cuanto que si el periodo de servicios computables se concreta –sobre ello razonaremos acto continuo– en las fechas 01.11.64 a 15.05.74 (se produce el despido en la misma fecha en que se formula oficialmente la solicitud de reintegro: 23-agosto-99), aquella retribución determina una indemnización de 5.161.991 pts, cifra inferior a la de 5.184.207 pts fijada en sentencia.

2.- En los que toca al tiempo a tener en cuenta para calcular la indemnización, ha de observarse que el art. 56.1.a) ET la fija precisamente “por

año de servicio” y no en función de la antigüedad reconocida en la empresa, y en tal criterio abunda la jurisprudencia –tratándose precisamente de trabajadores del sector de la banca–, al no admitir con carácter general que el «reconocimiento» de antigüedad efectuada en contrato o determinada por la excedencia forzosa implique la ficción de que en caso de despido se entienda que han prestado servicios efectivos, sin perjuicio de que haya un pacto o disposición expresa e inequívoca en contra (SSTS 30-noviembre-1998 Ar. 10.043, 30-junio-1997 Ar. 4.950 8-marzo-1993 Ar. 1.712, 27-junio-1991 Ar. 5.168, 15-febrero-1990 Ar. 1.094, 24-julio-1989 Ar. 5.909, 19-diciembre-1989 Ar. 9.049, 28-abril-1988 Ar. 3.037, 8-junio-1988 Ar. 5.252, 14-julio-1988 Ar. 5.826, 5-mayo-1987 Ar. 3.233, 2-junio-1987 Ar. 4.099, 21-diciembre-1987 Ar. 8.994, 25-febrero-1986 Ar. 822, 30-abril-1986 Ar. 2.283, 20-noviembre-1985 Ar. 5.822, 17-diciembre-1985 Ar. 6.134, 30-octubre-1984 Ar. 5.349, 16-enero-1984 Ar. 52...). Y esa voluntad o disposición opuesta a la norma general no es deducible –antes al contrario– de la indicación “reconociéndose a efectos de antigüedad el tiempo que dure la excedencia”.

Y esta conclusión no se invalida por la circunstancia de que la decisión recurrida haga indicación de que la demandada “propuso-ordenó” el pase a “A., S.A.”, porque con independencia de que resultan términos antitéticos de los que resulta imposible deducir la exacta conclusión al respecto de la magistrada, lo cierto y verdad es que tal expresión –invalorable, por ambigua– ha de entenderse sustituida por la intencionalidad que se desprende de la carta fechada en 9/abril/74 y remitida por la dirección regional al departamento de personal, que aceptamos incluir en los HDP y en cuyo texto se desprende de manera indubitable tanto el interés de la Empresa como el del trabajador en el pase de éste a “A., S.A.” como cargo directivo (Jefatura Financiera), obviamente dotado de una mayor retribución (baste fijarse en importe de la indemnización obtenida en el acto conciliatorio). Y a mayor abundamiento ha de observarse que si se accediese a lo pretendido, se computarían dos veces –en “A., S.A.” y en el Banco recurrido– los mismos servicios, con evidente enriquecimiento sin causa. Por todo ello,

Fallamos

Que con estimación parcial del recurso que ha sido interpuesto por don J.L.B.P., revocamos en parte la sentencia que con fecha 4-noviembre-1999 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº Uno de los de La

Coruña, y declaramos que la retribución a tener en cuenta a los efectos de los salarios de tramitación es de 364.221 pts al mes, y mantenemos los restantes pronunciamientos de instancia respecto de la parte demandada "B.S.H., S.A."

2879 RECURSO N° 4.278/96

S. S.

PROCEDENCIA DE RECLAMACIÓN SALARIAL POLA REALIZACIÓN DE TRABALLOS DE CATEGORÍA SUPERIOR.

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

A Coruña, a once de febrero de dos mil.

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 4.278/96 interpuesto por la Consellería de Familia, Muller e Xuventude contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 9/96 se presentó demanda por doña M.V.C. en reclamación de reclamación de cantidad (personal Xunta) siendo demandado la Consellería de Familia, Muller e Xuventude (Xunta de Galicia) en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 27 de mayo de 1996 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.V.C., cuyos datos personales constan en autos, personal laboral fijo adscrito a la Consellería demandada, viene prestando servicios por cuenta y orden de la citada Consellería, ocupando la plaza de Directora de la Guardería "V.P." de..., desde el 3 de mayo de 1994./2º.- La actora, con título académico de Puericultora y Profesora de E.G.B., fue contratada inicialmente como Auxiliar Puericultora" para la Escuela Infantil, de (Vigo) labor que vino desarrollando desde el

año 1991, hasta su traslado al destino actual, al que accedió previo concurso de ascensos./3º.- Inicialmente, las labores de la actora consistieron en la asistencia y cuidado y vigilancia de los niños y, hasta el año 1992, eran parvulistas las que se ocupaban de las tareas educativas de los niños. Tras la reforma del sistema educativo, al dividirse la educación infantil en dos ciclos de tres años cada uno (el primero de 0-3 años y el segundo de 3-6 años) se limitó la edad de admisión de los niños en las guarderías y, como consecuencia de ello, se han suprimido las parvulistas, ocupándose los auxiliares puericultores de las funciones tanto asistenciales como educativas y otras complementarias./4º.- La actora, durante el período 1 de octubre de 1993 a 30 de mayo de 1994 participó en el desarrollo de las tareas psicomotoras, enseñanza de primeras letras, lenguaje, comunicación, desarrollo especial y relaciones con los padres./5º.- Las diferencias retributivas, entre el Grupo IV (auxiliares puericultura) y el grupo II (educadora) asciende a 861.658 pesetas brutas anuales./6º.- La actora dirigió reclamación previa al 19 de octubre de 1994, desestimada por "silencio", y formuló demanda el 19 de enero de 1995, ante los Juzgados de lo Social de Vigo, repartida al Social nº 2, éste Juzgado dictó sentencia el día 28 de marzo de 1995 (autos 55/95), sentencia que apreció la excepción de Incompetencia Territorial.- Formulado recurso de suplicación, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia dictó auto de 26 de julio de 1995, declarando no haber lugar al recurso interpuesto. La actora presentó nueva demanda ante el Juzgado Decano de los de Lugo, el día 13 de noviembre de 1995, recayendo sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Lugo, al que dicha demanda fue repartida, con fecha 19 de diciembre de 1995. Una vez más, la actora presentó reclamación previa el 27 de diciembre de 1995, presentando nueva demanda que fue repartida a este Juzgado el 4 de enero de 1996, y recayendo, con posterioridad, resolución denegatoria de la reclamación previa (resolución de 22.01.96).

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que, estimando parcialmente la demanda interpuesta por doña M.V.C. contra la CONSELLERÍA DE FAMILIA, MULLER E XUVENTUDE DE LA XUNTA DE GALICIA, debo condenar y condeno a la Consellería demandada a abonar a la actora la suma de QUINIENTAS SETENTA Y TRES MIL SEISCIENTAS CINCUENTA Y DOS (573.652.-) pesetas en concepto de diferencias salariales correspondientes al período uno de octubre de mil novecientos noventa y tres a treinta de mayo de mil novecientos noventa y

cuatro, ambos inclusive, y desestimando en lo demás dicha demanda, absuelvo a la demandada del resto de pretensiones contra ella formuladas”

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 decisión de instancia resolvió estimar la demanda que ha formulado la actora –con categoría profesional de Auxiliar de Puericultura– en reclamación de diferencias salariales por el ejercicio de funciones de superior categoría de Educadora. Sentencia que recurre la Consellería de Familia, Muller e Xuventude de la Xunta de Galicia, solicitando por el cauce del art. 191.b) LPL: (a) que se sustituya el tercero de los HDP por el siguiente texto: “La actora, desde su incorporación viene desarrollando además de las funciones propias de su categoría laboral (atención y guarda de los niños), otras de índole puramente educativas, cumplimentación de fichas educativas y unidades didácticas”; y (b) que se añada nuevo ordinal, expresivo de que “No existen educadores en ninguna de las guarderías infantiles pertenecientes a la Comunidad Autónoma de Galicia, salvo en el Centro “R.C.” de Vigo (Guardería Infantil). En dicho centro existen dos educadores procedentes del Hogar Escolar “E.C.”, de Tuy. Las condiciones de trabajo y funciones que desempeñaban como educadores del hogar escolar “E.C.”, de Tuy, no concuerdan en modo alguno con las que actualmente desempeñan, dada la distinta naturaleza del centro y de la población a la que éste asiste”. Y ya en el apartado de examen del derecho, vía art. 191.c) LPL, la parte recurrente sostiene la aplicación indebida del art. 39 ET, en relación con el art. 15 del Tercer Convenio Colectivo para el personal laboral de la Xunta de Galicia (Resolución de 19-diciembre-94).

SEGUNDO.- No puede aceptarse ninguna de las variaciones fácticas, por cuanto que para la primera de ellas dice el autor del recurso que “se ampara [...] en la documentación obrante en autos”; y respecto de la segunda, ya ni siquiera se hace referencia a prueba alguna que le sirva de apoyo. Está claro que con ello no se da adecuado cumplimiento a las prevenciones establecidas en los arts. 191.b) y 194.3 LPL, con defecto de especificación de prueba habilitante para revisar los hechos que no puede ser subsanada por la dala, a virtud del principio

dispositivo y de la obligada imparcialidad del tribunal

TERCERO.- Para resolver la cuestión de fondo ha de destacarse el cometido que la sentencia de instancia atribuye a las demandantes y cuyo cuestionamiento no ha prosperado: “Cuarto.- La actora, durante el periodo 1 de octubre de 1993 a 30 de mayo de 1994 participó en el desarrollo de las tareas psicomotoras, enseñanza de primeras letras, lenguaje, comunicación, desarrollo especial y relaciones con los padres”. Y sobre esta base se ha de reiterar criterio ya expuesto en nuestras sentencias de 18-mayo-99 R.1.929/96 y 30-junio-99 R. 2.591/96 . 1.- Desde el punto de vista normativo ha de tenerse en cuenta (a) que el aplicable Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Xunta de Galicia (DOG 28-diciembre-1994) contempla las respectivas categorías profesionales de Educador Diplomado y Auxiliar-Puericultor (no aparece recogida la de Puericultor), pero sin precisar sus cometidos, preceptuando por ello que “mientras no se definan las funciones de cada categoría, en relación con cada puesto de trabajo efectivamente desempeñado, serán de aplicación las que tenía recogidas cada colectivo en su convenio de procedencia” (Disposición Transitoria Tercera); (b) que el Anexo III del Convenio Colectivo del INAS-GALICIA –DOG 22-junio-1988– se limita a señalar con indudable vaguedad que son Educadores Diplomados los que en posesión del correspondiente título, “prestan servicios complementarios para la formación del alumno, cuidando del orden y compostura de éste en todos los actos del día” y que en la misma categoría se incluyen los “Educadores infantiles y los de centros de Educación Especial”, mientras que se definen los Auxiliares de Puericultura como quienes “bajo la dirección” de Puericultor “realizan las funciones auxiliares que les encomienden”. 2.- Asimismo, en la LOGSE (Ley 1/1990, de 3-octubre) se dispone que la educación infantil –hasta los seis años de edad– “contribuirá al desarrollo físico, intelectual, afectivo, social y moral de los niños” (art. 7), con los concretos objetivos de aprendizaje que señalan los arts. 8 y 9 (conocimiento y control del propio cuerpo y sus posibilidades de acción, formas de expresión y comunicación, lenguaje, pautas de convivencia, entorno natural, familiar y social), y que desarrollan el art. 2 RD 1.330/1991, de 6-septiembre, y el art. 4 del RD 133/1991, de 6-septiembre, razón por la cual se dispone en el art. 10 LOGSE que la misma “será impartida por maestros con la especialización correspondiente”, sin perjuicio de que “en el primer ciclo los centros dispondrán asimismo de

otros profesionales con la debida cualificación”; mandato reiterado por el art. 14 RD 1.004/1991 (14-junio) y que desarrolla el art. 15 del mismo al disponer que los centros en los que se imparta, exclusivamente, el primer ciclo de Educación Infantil –hasta los tres años, conforme al art. 9.1 LOGSE– (a) deberán contar con personal cualificado en número igual al de unidades en funcionamiento, más uno; (b) por cada seis unidades o fracción deberá haber, al menos, un maestro especialista en Educación Infantil o Profesor de Educación General Básica especialista en Preescolar; (c) que el personal cualificado estará formado por maestros especialistas en Educación Infantil o Profesores de Educación General Básica especialistas en Preescolar, y por Técnicos superiores en Educación Infantil o Técnicos especialistas en Jardín de Infancia; y (d) que los niños serán atendidos en todo momento por el personal cualificado. En tanto que los centros que proporcionen, exclusivamente, el segundo ciclo de Educación Infantil (desde los tres hasta los seis años, conforme al precitado art. 9.1 LOGSE), deberán contar –art. 16–, como mínimo, con un maestro especialista en Educación Infantil o un Profesor de Educación General Básica especialista en Preescolar, por cada unidad. Y los centros en los que se imparten los ciclos primero y segundo deberán contar –art. 17– “con el personal cualificado mencionado en los arts. 15 y 16 del presente Real Decreto”. 3.- Lo anteriormente indicado pone de manifiesto que en materia de Educación Infantil el nomenclátor procedente del INAS y todavía acogido por el Convenio Único de la Xunta –Educador/a y Auxiliar de Puericultura– resulta en la actualidad del todo obsoleto y en manera alguna responde a las exigencias profesionales y funcionales impuestas por la LOGSE, que –acabamos de decirlo– atribuye en exclusividad la formación de los niños a quienes tienen titulación de maestro, Profesor de EGB, Técnico Superior o Técnico Especialista en Educación Infantil. Si bien ha de destacarse –posteriormente veremos su trascendencia– que esta última categoría ya viene recogida en el Anexo II del indicado convenio único, dentro del Grupo III y con el ordinal (50).

CUARTO.- 1.- A la vista de lo anteriormente indicado –en lo fáctico y en lo normativo– para la sala es claro que las funciones atribuidas a las recurrentes y que precedentemente se han recordado –la atención integral a infantes, en los términos previamente indicados–, en manera alguna pueden calificarse como “servicios complementarios para la formación del alumno”, y que poco o nada tienen que ver con el “orden y compostura” en los actos diarios. Es más, se puede decir que la función del Educador

–en la definición del Convenio Colectivo del INAS-Galicia– ofrece un primordial aspecto de apoyo docente que no es el específico de las escuelas infantiles o de educación preescolar, cuyo objetivo fundamental era –así se señalaba en el art. 13 de la derogada Ley 14/1970, de 4-agosto, vigente a la fecha de pactarse el referido Convenio del INAS– “el desarrollo armónico de la personalidad del niño” (con formación –se decía– “de carácter semejante a la vida del hogar” hasta los tres años, y que “tenderá a promover las virtualidades del niño” entre los cuatro y cinco años); y que actualmente consiste –el referido objetivo– en contribuir “al desarrollo físico, intelectual, afectivo, social y moral de los niños” (citado art. 7 LOGSE).

Tal como está planteada la cuestión en autos, no creemos que la decisión a adoptar haya de ser coincidente con la STS 25-marzo-1994 Ar. 2.638, en la que a Auxiliares de Puericultura –también procedentes del INAS y transferidas a la Comunidad Autónoma de Madrid– se les reconoció el derecho a percibir la retribución correspondiente a la categoría profesional de Educador, (a) porque existía el ejercicio efectivo de tales funciones (este era presupuesto de hecho indiscutido, inexistente en el presente caso), cuyo contenido en el correlativo Convenio Colectivo se desconoce, (b) porque no mediaba una exigencia legal, que no convencional, de título oficial específico habilitante del que careciesen (reiterando en este aspecto, criterio ya sentado por las SSTS 30-marzo-1992 Ar. 1.887, 25-marzo-1994 Ar. 2.638, 27-diciembre-1994 Ar. 10.710, 30-mayo-1996 Ar. 4.709, 19-abril-1996 Ar. 3.327, 4-junio-1996 Ar. 4.481, 12-junio-1996 Ar. 5.066, 15-julio-1996 Ar. 5.989, 22-julio-1996 Ar. 6.384, 23-septiembre-1996 Ar. 6.767, 23-septiembre-1996 Ar. 6.768, 30-septiembre-1996 Ar. 6.955, 10-octubre-1996 Ar. 7.612, 23-octubre-1996 Ar. 7.788, 20-marzo-1997 Ar. 2.593, 11-mayo-1997 Ar. 3.974, 11-mayo-1997 Ar. 3.974, 15-mayo-1997 Ar. 4.099 y 3-julio-1997 Ar. 5.696), y (c) porque tampoco se trataba de una relación estatutario-administrativa (SSTS 26-julio-1993 Ar. 5.983, 29-octubre-1993 Ar. 8.054 y auto de 11-junio-1997 Ar. 4.702). 2.- Ahora bien, este tribunal también entiende –como entendió en las precitadas sentencias de 18-mayo-99 R.1.929/96 y 30-junio-99 R. 2.591/96, rectificando la solución adoptada en precedente resolución de 8-abril-99 R. 435/96 y tras reconsideración del tema– que el cometido de la demandante excede, con mucho, del previsto para el/la auxiliar de puericultura que el anexo III del citado convenio del INAS (“funciones auxiliares que les encomienden”), o del contemplado en el art. 12 de reglamentación de trabajo para

guarderías infantiles, aprobada por OM de 18-enero-72 (alimentación, aseo y bienestar de los niños), precisamente porque el quehacer de la misma –ya referido– se encuentra en coherente línea con la previsiones contenidas en la LOGSE y que han quedado indicadas. Y esta consideración nos lleva a estimar parcialmente la demanda, por entender que las funciones ejercitadas tienen perfecta cabida en la categoría profesional de técnicos especialistas en Jardín de Infancia que refiere el art. 15 del RD 1.004/1991 (14-junio) y que expresamente se contempla en el anexo II del Convenio Único del Convenio Colectivo de la Xunta de Galicia, en el Grupo III y bajo el nº 50, recogiendo así una categoría profesional y correlativas funciones señaladas imperativamente en la LOGSE para la educación primaria. Y aunque a la sala no le consta la necesidad de concreta titulación para el desempeño de la misma, tiene la convicción –creemos que razonable– de que la misma se halla alcanzada por la que ostenta la actora (en concreto, la de maestra de primera enseñanza, según acredita el título cuya fotocopia figura como folio 35); aparte de que –en definitiva– rechazamos como inaceptable hipótesis que la Xunta de Galicia pretendiese cumplir la trascendente misión de educar la infancia (nos remitimos a la Exposición de Motivos de los RRDD 1.330 y 1.333/1991, de 6-septiembre) sin observar las previsiones de la LOGSE en orden al grado de formación y/o titulación exigible a los educadores, una vez superado –con mucho– el periodo transitorio contemplado en aquélla y en la normativa de desarrollo (RD 1.004/1991, de 14-junio). Es más, las precedentes conclusiones vienen reforzadas por los donosos términos de los propios recursos efectuados precedentemente por la demandada en las actuaciones que dieron lugar a nuestras sentencias de 18-mayo y 30-junio-99, al referir la existencia en el convenio colectivo de la aludida categoría profesional de Técnico Especialista en Jardín de Infancia e indicar –en manera que claramente invita a la solución adoptada por la Sala– “que lo lógico sería instar de la administración la urgente convocatoria del proceso habilitante para acceder” a la indicada categoría de Técnico Especialista; con ello no se hacía sino reiterar insinuación ya efectuada en la propia vía administrativa, también en autos (folios 75 a 79), cuando en la Resolución que desestimó la reclamación previa y subrayado se indica que “El nuevo sistema educativo de la LOGSE [...] determina las titulaciones habilitantes del personal competente para atender a los niños comprendidos en el primer ciclo (0 a 3 años), Técnicos Especialistas en Jardín de Infancia y Técnicos Superiores en Educación Infantil (FP2), incluidos en el Grupo III, Categoría 50

del vigente convenio colectivo, categoría no pretendida por la reclamante”. palabras que, junto con la máxima “quien pide lo más, pide lo menos”, nos llevan a excluir que el reconocimiento de retribución por el ejercicio de las funciones de aquella categoría de técnico pueda considerarse una distorsión de las pretensiones y del debate, integrante de censurable incongruencia. 3.- Por todo ello, en observación del sinalagma existente entre los servicios prestados y los relativos salarios que a aquéllos corresponden (SSTS 30-septiembre-1996 Ar. 6.955, 11-mayo-1997 Ar. 3.974 y 3-julio-1997 Ar. 5.696), sin el obstáculo –ya aludido– de la titulación oficial habilitante, procede por aplicación de los arts. 4.2.f) y 39.3 ET, así como 35 CE, el reconocimiento de la retribución propia de la funciones realmente desempeñadas, de Técnico Especialista en Jardín de Infancia; consecuencia que se apoya igualmente en la interdicción del enriquecimiento sin causa de que en supuestos similares habla la jurisprudencia (SSTS 20-marzo-1997 Ar. 2.593, 30-mayo-1996 Ar. 4.709 y 30-septiembre-1992 Ar. 6.828). En consecuencia y habida cuenta de que nuestra competencia (lo hemos destacado en diversas ocasiones: así, las sentencias de 9-junio-92 R. 2.541/91, 25-junio-92 R. 1.895/91, 27-marzo-98 R. 2.271/95 y 3-julio-98 R. 4.633/95), no se extiende a las operaciones matemáticas y los cálculos contables, que no son misión propia del tribunal, sino que las ciertamente complejas han de ser objeto de la correspondiente prueba pericial a valorar por los organismos jurisdiccionales, y las que revistan una mayor elementalidad han de ser realizadas por la parte y meramente comprobadas por la sala,

Fallamos

Que acogiendo parcialmente el recurso, revocamos la sentencia que con fecha 27-mayo-1996 ha sido dictada en autos procedentes del Juzgado de lo Social nº dos de los de Lugo y estimando en parte la demanda que dio origen a las presentes actuaciones, declaramos el derecho de la actora doña M.V.C. a percibir en el periodo reclamado 1-octubre-93 a 30-mayo-94– el salario correspondiente a la categoría profesional de Técnico Especialista en Jardín de Infancia, y condenamos a la demandada CONSELLERÍA DE FAMILIA, MULLER E XUVENTUDE DE LA XUNTA DE GALICIA a estar y pasar por la presente declaración y a que le abone las diferencias entre la remuneración percibida y la propia de aquella categoría.

2880 RECURSO N° 5.563/96

S. S.

DETERMINACIÓN DO ÁMBITO PERSOAL DE APLICACIÓN DUN CONVENIO COLECTIVO, POR INTERPRETACIÓN DESTE.

PONENTE: Ilmo. Sr. Don Juan Luis Martínez López

A Coruña, a once de febrero de dos mil.

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 5.563/96, interpuesto por don J.M.M.G. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 552/96 se presentó demanda por don J.M.M.G. en reclamación de Indemnización por Convenio siendo demandado la empresa “T.A., S.A.” y Compañía de seguros “H.H., S.A.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 1 de octubre de 1996 por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1º).- El trabajador demandante, don J.M.M.G., fue contratado por la empresa codemandada “T.A., S.A.” en fecha 22 de abril de 1994, en virtud de contrato de trabajo de duración determinada celebrado al amparo del Real-Decreto 2.104/84, para prestar servicios como peón en los municipios de Fonsagrada y Negreira de Muñiz, realizando labores forestales.- 2º).- El demandante en fecha 3 de mayo de 1994 sufrió lesiones en ojo derecho cuando cortaba uces en el monte, al romperse la cadera de la motosierra que manejaba, la cual a su vez rompió la tapa que cubre el embrague y un fragmento de la misma le alcanzó en el ojo.- 3º).- La empresa codemandada “T.A., S.A.” tenía cubierto el riesgo de accidentes de trabajo con la Mutua “L.F.”.- 4º) En fecha 13-junio-

1995 la Comisión de Evaluación de Incapacidades formuló propuesta de resolución considerando que le actor padecía como secuela de accidente laboral “leucoma corneal con una agudeza visual de 0,1 en el ojo derecho”, proponiendo a aquel para ser declarado en situación de Invalidez Permanente Parcial. Dicha propuesta fue confirmada por la Dirección Provincial del INSS que reconoció a favor del anteriormente nombrado trabajador una indemnización a tanto alzado por Incapacidad Permanente Total en la cuantía de 2.129.568 pesetas, a cargo de la Mutua “L.F.”, entidad aseguradora de la contingencia de accidentes de trabajo.- Disconforme el trabajador con el grado de Invalidez reconocido en vía administrativa, promovió demanda ante la jurisdicción social y el J. de la Social nº 2 de esta ciudad ratificó la resolución administrativa desestimando la demanda del actor: habiendo recurrido en suplicación la sentencia dictada, cuyo recurso pende de sustanciación ante la Sala de la Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.- 5º).- La empresa codemandada “T.A., S.A.” se dedica a la actividad de la construcción y a otras relacionadas con el sector agrario o del campo, empleando en la primera actividad a unos 2.500 trabajadores y en la segunda a unos 5.000, aproximadamente, con centros de trabajo en todas las Comunidades Autónomas del Estado.- 6º).- El Convenio Colectivo de la Empresa aplicable al sector de la construcción, recoge el compromiso de la misma –por remisión del Convenio General del Sector- de suscribir, como mejora voluntaria de la Seguridad Social, un seguro que cubra los riesgos de muerte o invalidez cuando se derive de accidente.- 7º).- La empresa demandada, cumpliendo con el compromiso del citado convenio, tiene suscrita una póliza de seguro con la Compañía de seguros “H.H., S.A.”, ascendiendo el capital asegurado por esta contingencia a 10.090.859 pts., y según las condiciones generales de la póliza, la pérdida total de visión de un ojo se indemniza con un porcentaje del 30% de dicho capital.- 8º).- En fecha 8 de julio de 1996 se presentó papeleta conciliatoria ante el SMAC, celebrándose el preceptivo acto de conciliación el día 24 de julio que concluyó “sen avinza”.- 9º).- Agotada la vía previa, se interpuso la demanda origen de los presentes autos que fue repartida a este Juzgado el 1º de agosto último.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que desestimando la demanda promovida por don J.M.M.G., contra la empresa “T.A., S.A.” y la Compañía de seguros “H.H., S.A.”, sobre reclamación de cantidad, debo

absolver y absuelvo a los demandados de la pretensión deducida 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 pase de los mismos al ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que desestima la demanda en la que el actor pedía el abono de 3.027.258 Pts, fundamentando su pretensión en el Convenio Colectivo de la empresa para la que venía prestando sus servicios cuando sufrió el accidente laboral realizando tareas forestales y a consecuencia del cual perdió la visión de un ojo que determinó la declaración de una invalidez permanente parcial, interpone el actor recurso de suplicación para pedir la revisión de los hechos declarados probados en la resolución recurrida y para denunciar la infracción, por interpretación errónea de diversos artículos del convenio.

La revisión solicitada tiene por objeto la modificación del hecho probado sexto de la resolución recurrida para que se supriman las frases “aplicable al sector de la construcción...” y “por revisión del convenio general del sector...”, debiendo quedar redactado del siguiente modo: “El convenio colectivo de la empresa, recoge el compromiso de la misma de suscribir, como mejora voluntaria de la Seguridad Social, un seguro que cubra los riesgos de muerte o invalidez cuando se derive de accidente”.

Petición que ha de encontrar favorable acogida pues si la cuestión litigiosa se centra en determinar si la póliza de seguro a la que se refiere el convenio colectivo afecta o no al accionante, la inclusión de aquellas frases predeterminaría el sentido del fallo, haciendo innecesaria cualquier discusión jurídica sobre la procedencia o no de la aplicación de dicha póliza, de ahí que proceda la supresión de las frases antedichas.

SEGUNDO.- En el examen del derecho aplicado se denuncia la infracción, por interpretación errónea de los artículos 1, 15 y anexo I del convenio colectivo de la empresa “T.A., S.A.”, así como la aplicación del artículo 4 y 73 de dicho convenio y del principio “*in dubio pro operario*” que rige el derecho social.

La sentencia de instancia rechaza la petición actora al considerar que de los preceptos del convenio, en concreto de los artículos 1, 2, 13,

15 y del Anexo I, se desprende que el mismo es de aplicación exclusivamente a los trabajadores que presten sus servicios en el sector de la construcción a que se dedica “T.A., S.A.” y no a aquellos trabajadores que como el actor realizan funciones de peón forestal encontrándose afiliado en el Régimen Especial Agrario. Por el contrario el actor considera que del artículo primero se desprende que el convenio colectivo no afecta únicamente a los trabajadores dedicados a la actividad de la construcción y al personal administrativo de dicha actividad, sino que se extiende a aquellos otros trabajadores cuya actividad profesional coincide con las recogidas en el artículo 15 y anexo I, en donde se recoge la categoría de capataz forestal, interpretación que, a su juicio, viene avalada por la redacción del artículo 4 del repetido convenio cuando establece que este “...afectara a la totalidad del personal que presta sus servicios en la empresa...”, sin distinguir actividad alguna. Añade, por último, que de existir alguna duda en la interpretación del convenio por la redacción dada a alguno de sus artículos, la misma tiene que resolverse a favor del trabajador, en virtud del principio “*in dubio pro operario*”.

Así planteados los términos del debate, es importante resaltar: a) que la empresa “T.A., S.A.” tiene entre sus fines la realización de actividades de producción propias en distintas ramas sectoriales, entre las que destacan el sector de la construcción y el sector agrario b) que el artículo primero del convenio de “T.A., S.A.” establece que “viene a regular las relaciones laborales del personal que, estando incluido en su ámbito personal presten sus servicios en las actividades señaladas en el artículo 13 del convenio general del sector de la construcción, comprendiendo también al personal adscrito a tales actividades, así como a aquellos otros trabajadores cuya categoría profesional se encuentre recogida en el artículo 15 y anexo I del Convenio”.

Los propios términos en que este artículo viene redactado da a entender que el convenio colectivo no afecta solamente a los trabajadores dedicados a actividades de la construcción y al personal adscrito a tales actividades, como ha entendido el magistrado de instancia, sino que también se extiende a aquellos otros trabajadores cuya categoría profesional se encuentre recogida en el artículo 15 y el Anexo I del convenio, entre las que figura la de capataz forestal el que, según se establece en dicho anexo, “deberá tener conocimiento suficientes de los trabajos y técnicas forestales...” y que “realiza trabajos de gabinete relacionados con su actividad en el campo”; lo que induce a

pensar que el convenio no se refiere en exclusiva a la actividad de la construcción, sino no tendría sentido que en la definición de las funciones de las diversas categorías profesionales que se relacionan en el anexo I del convenio se incluyera la de capataz forestal.

Por otro lado el artículo 4 de dicho convenio al regular el ámbito personal establece textualmente: "El presente convenio afectará a la totalidad del personal que presta sus servicios en la empresa con las excepciones siguientes: a) El personal de alta dirección, a que se refiere el artículo 2º.1 del Estatuto de los Trabajadores y b) Los consejeros, a que se refiere el artículo 1.3.c) del Estatuto de los Trabajadores, salvo aquellos que estén vinculados por relación laboral de la empresa". Si en dicho artículo se dice que afectará a la totalidad del personal que presta sus servicios en la empresa y en las exclusiones que expresamente se efectúan en el mismo no figuran aquellos trabajadores que prestando sus servicios para la empresa lo hacen en el sector agrícola, no hay razón alguna para excluir al actor de la aplicación del referido convenio.

Teniendo en cuenta que en el artículo 73 del convenio se establece como mejora de las prestaciones de la Seguridad Social un seguro que cubra los riesgos de muerte o invalidez cuando se derive de accidente, estableciéndose en el mismo su cuantía, a la que tendrán derecho los trabajadores incluidos en el ámbito personal de este convenio y, viniendo probado que el demandante en fecha 3 de mayo de 1994 sufrió lesiones en el ojo derecho cuando cortaba uces en el monte, al romperse la cadena de la motosierra que manejaba que a su vez rompió la tapa que cubre el embrague y un fragmento de la misma le alcanzó en el ojo, ocasionándole como secuela "leucoma corneal con una agudeza visual de 0.1 en el ojo derecho" que determinó la declaración de invalidez permanente parcial, es evidente que las demandadas, empresa y entidad aseguradora con quien tenía concertado el seguro de riesgos de accidentes, habrán de atender la reclamación del actor, con la única salvedad de que no procede el incremento del 20% de intereses solicitados desde la fecha del accidente, pues tal recargo viene supeditado a que el retraso obedezca a causa no justificada o a una actitud rebelde y culpable en el retraso de la indemnización, lo que no concurre en el supuesto enjuiciado en el que se discutía la inclusión o no del trabajador en el convenio colectivo.

En consecuencia y por lo expuesto procede la revocación de la sentencia recurrida y la estimación parcial de la demanda.

Fallamos

Que debemos estimar y estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por don J. M.M.G. contra la sentencia del Juzgado de lo Social número uno de Lugo de fecha 1 de octubre de 1996, con revocación de la misma y estimación parcial de la demanda debemos condenar y condenamos a las demandadas, empresa "T.A., S.A." y Compañía de seguros "H.H., S.A." a que abonen al actor la suma de 3.027.258 Pts.

2881 RECURSO N° 138/00

S. S.

INEXISTENCIA DE DESPEDIMENTO DE PERSONAL ESTATUTARIO INTERINO DO SERGAS.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Luis Martínez López

A Coruña, a catorce de febrero de dos mil.
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 138-00, interpuesto por doña E.P.P. contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. dos de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 544/99 se presentó demanda por doña E.P.P. en reclamación de despido siendo demandado el Servicio Galego de Saúde y doña J.R.P. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 9 de noviembre de 1999 por el juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "I.- La actora E.P.P. ha prestado servicios para el Sergas como auxiliar de clínica desde el 06.11.97 con diferentes contratos eventuales, el primero de dicha fecha para sustituir a la codemandada J.R.P. y el segundo de 09.11.98

para sustituir a J.S.A.; con salario mensual de 175.000 ptas.- II. La codemandada J.R.P. prestó servicios para el Sergas con la categoría de Auxiliar de Clínica-Enfermera, con contrato eventual para sustituir a J.S.A. por S.E.A. desde el 01.01.95.- III.- El 20.10.97 J.R. es dada de baja por incapacidad temporal y la sustituye E.P.P. (contrato de 06.11.97).- IV.- El 21.10.98 la Inspección Médica da de alta a J.R. con propuesta de invalidez permanente y el 09.07.98, E.P.P. firma el segundo contrato para sustituir a J.S.A. en S.E.A.- V.- El 21.10.98 al denegársele a la codemandada J.R.P. la invalidez permanente y repuesta a la situación de incapacidad temporal, el Sergas notifica a la actora lo siguiente: "Ponemos en su conocimiento que por la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social fue denegada la solicitud de invalidez permanente a doña J.R.P. por lo que de conformidad con lo establecido en la Ley 42/4 de 30 de diciembre, deberá ser repuesta en la situación contractual que venia desempeñando en este complejo hospitalario en la reserva de plaza de doña J.S.A.. Dado que Vd. paso a ocupar dicha reserva de plaza al producirse la propuesta de invalidez de doña J.R.P. por encontrarse desempeñando en este momento contrato de sustitución de la misma por incapacidad temporal y que doña J.R.P. permanece en la situación de incapacidad temporal a partir del dia siguiente de fecha de la resolución denegatoria del Instituto Nacional de la Seguridad Social (26.09.98), como consecuencia de lo anterior le comunico que a partir de esta misma fecha volverá Vd. a desempeñar el contrato que venia realizando de sustitución de incapacidad temporal de doña J.R.P.- VI.- El 30.10.98 se le hace a la actora nueva comunicación: Como continuación a nuestro escrito de fecha 21.10.98 le recordamos que deberá pasar por el servicio de personal de este centro con el fin de firmar el contrato correspondiente a la sustitución por la incapacidad temporal de doña J.R.P. con efectos de fecha 26.09.98 y el 24.11.98 la actora no quiere firma el nuevo contrato.- VII.- El 11.05.99 a la codemandada J.R. le hace nueva propuesta de invalidez permanente y una vez que le fue denegada se reincorpora a la plaza con fecha 11.08.99.- VIII.- El 10.08.99 el demandado comunica a la actora E.P.P. lo siguiente: Le comunicamos que al finalizar la jornada del dia 10 de agosto de 1999, cesará en la plaza que viene desempeñando al serle denegada la incapacidad permanente e incorporarse en su plaza la titular de la misma J.R.P.- IX.- La actora no es ni ha sido representante de los trabajadores.- X.- Se ha agotado la vía administrativa previa."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Debo desestimar y desestimo la demanda que sobre despido ha sido interpuesta por E.P.P. contra Servicio Galego de Saúde y J.R.P., a los que absuelvo."

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 la demandante la sentencia que desestima la demanda sobre despido para proponer la revisión de los hechos declarados probados y para denunciar la infracción de normas sustantivas y de la jurisprudencia. La revisión solicitada tiene por objeto la modificación del ordinal primero de la resolución recurrida para el que propone el siguiente texto alternativo: "La actora, E.P.P., ha prestado servicios para el SERGAS como auxiliar de clínica desde el 6 de noviembre de 1997 con diferentes contratos eventuales de "nomenclamiento de personal sanitario non facultativo para a sustitución do titular con dereito a reserva de praza; el primero de dicha fecha para sustituir a la codemandada J.R.P. y el segundo de fecha 9 de julio de 1998 para sustituir a J.S.A.; con salario mensual de 175.000 Pts". Petición que ha de encontrar favorable acogida al venir apoyada en la prueba documental obrante a los autos, concretamente en los contratos de trabajo suscritos por la demandante y el SERGAS, obrantes a los folios 9-10, 13-14 de las presentes actuaciones.

SEGUNDO.- En el examen del derecho aplicado se denuncia la infracción del artículo 46 del Estatuto de Personal Sanitario no Facultativo de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, y la no aplicación del artículo 45 del mismo texto legal, alegando, en síntesis, que la actora tras haber suscrito un primer contrato en sustitución de J.R.P. suscribió un segundo nombramiento eventual, esta vez en sustitución de la titular de la plaza, J.S.A.; y este segundo contrato suscrito después de que la codemandada J.R. fuese dada de alta por la Inspección Médica con propuesta de invalidez permanente, no ha quedado supeditado ni condicionado por la prosperabilidad del proceso de incapacidad permanente, por ello el cese en la plaza que venia desempeñando la actora por habérsele negado la incapacidad permanente a J.R., ni estaba prevista en el contrato ni en la disposición adicional cuarta del R.D. 118/1991 y del Real Decreto-Ley 1/1999, cuya infracción también se denuncia, pues la actora no estaba sustituyendo a J.R.P. sino a J.S.A., que es la

verdadera titular de la plaza, por lo que al no haberse incorporado la persona sustituida, no existe causa para el cese de la actora. Para una mejor compresión de la cuestión debatida es importante resaltar los siguientes datos y circunstancias: a) La codemandada J.R.P. prestó servicios para el SERGAS, con la categoría de auxiliar clínica enfermera, desde el 01.01.95 con contrato eventual para sustituir a la titular J.S.A.; b) El 20.10.97 J.R. es dada de baja por incapacidad temporal y la sustituye la demandante E.P.P., desde el 06.11.97; c) El 08.07.98 la Inspección Médica da de alta a J.R. con propuesta de invalidez permanente y el 09.07.98, es decir al día siguiente, la actora E.P. firma el segundo contrato para sustituir a la titular J.S.A.; d) El 21.10.98 al denegársele a la codemandada J.R.P. la invalidez permanente y repuesta a la situación de incapacidad temporal, el Sergas notifica a la actora lo siguiente: "Ponemos en su conocimiento que por la Dirección Provincial del Instituto nacional de la Seguridad Social fue denegada la solicitud de invalidez permanente a doña J.R.P. por lo que de conformidad con lo establecido en la Ley 42/4 de 30 de diciembre, deberá ser repuesta en la situación contractual que venía desempeñando en este complejo hospitalario en la reserva de plaza de doña J.S.A. Dado que Vd. paso a ocupar dicha reserva de plaza al producirse la propuesta de invalidez de doña J.R.P. por encontrarse desempeñando en este momento contrato de sustitución de la misma por incapacidad temporal y que doña J.R.P. permanece en la situación de incapacidad temporal a partir del día siguiente de fecha de la resolución denegatoria del Instituto Nacional de la Seguridad Social (26.09.98), como consecuencia de lo anterior le comunico que a partir de esta misma fecha volverá Vd. a desempeñar el contrato que venía realizando de sustitución de incapacidad temporal de doña J.R.P.; El 30.10.98 se le hace a la actora nueva comunicación: Como continuación a nuestro escrito de fecha 21.10.98 le recordamos que deberá pasar por el servicio de personal de este centro con el fin de firmar el contrato correspondiente a la sustitución por la incapacidad temporal de doña J.R.P. con efectos de fecha 26.09.98 y el 24.11.98 la actora no quiere firma el nuevo contrato.- El 11.05.99 a la codemandada J.R. se le hace nueva propuesta de invalidez permanente y una vez que le fue denegada se reincorpora a la plaza con fecha 11.08.99; y e) El día 10.08.99 el SERGAS comunica a la actora que al finalizar la jornada de ese día, cesará en la plaza que viene desempeñando, al serle denegada la incapacidad permanente e incorporarse en su plaza J.R.P. La interinidad opera para sustituir plazas vacantes hasta su cobertura reglamentaria o amortización

mientras que la eventualidad debe actuar para sustituir plaza ocupada durante la ausencia justificada de quien la ostenta. Consiguientemente la interina cesa cuando la plaza queda cubierta por designación de su titular o por amortización de la misma, y la eventual ha de sufrir el cese cuando se produzca la incorporación del sustituido. De los hechos expuestos anteriormente, en modo alguno cabe deducir que el SERGAS persiguiera un fin fraudulento o torticero, sino más bien el de gestionar una necesidad del servicio surgida con motivo de una eventualidad que supuso que la interina que venía sustituyendo a la titular de la plaza fue dada de baja por incapacidad temporal, lo que determinó que la actora viniera a sustituir a aquella, en la forma temporal concertada y hasta que se reintegrara la que sustituía a la titular. Bien es cierto que el SERGAS, una vez efectuada la propuesta de invalidez permanente de la interina J.R., suscribe un segundo contrato con la actora para sustituir a la titular J.S., pero este error que, sin duda vino propiciado por existir aquella propuesta de invalidez permanente, trató de subsanarse una vez que aquella propuesta ha sido rechazada, comunicando a la actora que era repuesta a la situación contractual que venía desempeñando de sustituir a J.R. mientras esta permanecía en incapacidad temporal; sin que el mero error en que pudiera haber incurrido la Administración pueda consolidar una situación contraria a derecho, pues resulta evidente que no puede el SERGAS tener dos personas para un único puesto de trabajo, por lo que la incorporación de la codemandada Sra. R.P. que sustituye a la titular de la plaza, conlleva el cese de la actora que venía sustituyendo a la incorporada mientras permaneció en incapacidad temporal. En consecuencia y por lo expuesto, es procedente desestimar el recurso de Suplicación formulado y confirmar la resolución recurrida.

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por doña E.P.P. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número Dos de Vigo de fecha 9 de noviembre de 1999, confirmando la expresada resolución.

2882 RECURSO N° 180/2000

S.S.

**INEXISTENCIA DE DESPEDIMENTO, Ó
TER MEDIADO CESAMENTO LÍCITO DE
CONTRATO TEMPORAL CONCERTADO
CON ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.**

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

A Coruña, a catorce de febrero de dos mil.

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 180/2000 interpuesto por doña M.G.F.P. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. tres de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 543/99 se presentó demanda por doña M.G.F.P. en reclamación de despido siendo demandado la Consellería de Familia, Muller e Xuventude en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 22 de octubre de 1999 por el juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes:

“PRIMERO.- Probado que la demandante doña M.G.F.P. prestó servicios para la Consellería demandada con la categoría profesional de educadora en el Centro de Menores de “M.” desde el 18 de septiembre de 1991 al 17 de marzo de 1996 mediante un contrato de fomento de empleo. Posteriormente la actora vino prestando servicios para la Consellería demandada desde el 18 de marzo de 1996 mediante un contrato de interinidad, cuyo contenido por constar en autos se da por reproducido, con la categoría profesional de educadora en el Centro educativo de “M.”, percibiendo un salario de 259.000 pesetas, incluida la prorrata de gratificaciones extraordinarias./SEGUNDO.- La actora el día 13 de mayo de 1999 recibe una carta en la que se le comunica que cesa ese día en su puesto de trabajo por haber tomado posesión de la plaza la titular de la misma, consignándose como fecha de efectos del cese el 13 de mayo del presente año./TERCERO.- En el Diario Oficial de Galicia de fecha 13 de mayo de 1999 salió publicada la Orden de 6 de mayo de 1999 por la que se procedió al nombramiento como personal fijo de la Xunta de Galicia de las aspirantes que superaron las pruebas selectivas de distintos grupos y categorías convocados por la orden de 2 de diciembre de 1996, en la que se le concede un plazo de un mes para tomar posesión a los titulares de las plazas a contar desde el día siguiente a la publicación de la Orden en el Diario Oficial de Galicia./CUARTO.- En dicho concurso, se cubrieron 3 de las 9 plazas de Educadoras cubiertas por personal interino en el centro demandado./QUINTO.- El día 14 de mayo de 1999 tomó posesión de la plaza de Educadora de dicho centro señalada con el código 994040232001003 M.C.C.R., extendiéndose diligencia de cese de la actora./SEXTO.- El cuadro de ceses y toma de posesión tras el concurso es el siguiente.

POSTO		
994040232001015	M.T.V.G.	M.T.V.G.
994040232001003	M.G.F.P.	M.C.C.R.
994040232001004	M.C.R.B.	R.C.Q.
994040232001005	J.A.P.L.	J.A.P.L.
994040232001006	M.M.V.G.	M.M.V.G.
994040232001010	M.Q.F.	M.L.S.B.
994040232001012	J.A.F.B.	J.A.F.B.
994040232001013	I.E.A.F.	I.E.A.F.
994040232001014	M.L.C.I.	M.L.C.I.

SÉPTIMO.- Formulada reclamación previa en fecha 2 de junio de 1999, fue desestimada por resolución de 8 de julio de 1999. La actora presentó demanda ante el Juzgado de lo Social Decano el 15 de julio de 1999.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que desestimando la demanda formulada por doña M.G.F.P. contra la Consellería de Familia, Muller e Xuventude, debo absolver y absuelvo a la demandada de la pretensión formulada contra ella por la actora.”

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.- Recurre la actora en solicitud de que con revocación de la sentencia de instancia, se estime la demanda y se declare improcedente el despido producido el 14.05.99 con sus consecuencias oportunas, a cuyo efecto y al amparo del art. 191.b) y c) interesa la revisión de los H.P. y denuncia que se han infringido los arts. 3.1 R.D. 1.989/84 en relación con el art. 15.3 E.T. y 6.4 del C. Civil, y el art. 4.2.a) del R. D. 2.546/94 en relación con el art. 15.1.c) y 15.3 E.T. y 6.4 del C. Civil y 49.1.c) E.T.

SEGUNDO.- Invocando la documental de los folios 103 Vtº. y 132, pide la parte se revise el H.P. 1º en su párrafo 2º de modo que pase a declarar lo literal siguiente: “Posteriormente la actora vino prestando servicios para la Consellería demandada desde el 18 de marzo de 1996 mediante un contrato de interinidad, en el que se estipuló una duración desde el 18 de marzo de 1996 hasta que se cubra la plaza vacante por el procedimiento legalmente establecido, se reconvierte o se amortice, siendo su objeto la cobertura de plaza vacante hasta que sea cubierta por el procedimiento legalmente establecido, se reconvierte o se amortice, con la categoría profesional de educadora en el Centro Educativo de “M.”, percibiendo un salario de 259.000 pts. mensuales incluida la prorrata de gratificaciones extraordinarias”. La innovación que encierra la revisión se reduce a incorporar al H.P. cierto contenido del contrato de interinidad suscrito el 18.03.96; lo cual resulta innecesario desde el momento en que el H.P. 1º de la sentencia recurrida da “por reproducido” el contenido del referido contrato, obrante al folio 132, de tal modo que el tal contenido está declarado probado al margen de que no se transcriba en su literalidad

en el Pfº. 2º del H.P. 1º, que en todo caso ahora se da por formalmente incorporado al mismo.

TERCERO.- Pide asimismo la parte con base a los recibos salariales de los folios 20 a 25 y 91, 92 y 93 “se declare como H.P. que la antigüedad de la actora, en la entidad demandada, data de 18.09.91”. No procede tal revisión, puesto que al margen de que en las nóminas de la actora aparezca como “fecha de ingreso” la de 18.09.91, es lo cierto que en el H.D.P. 1º ya se recoge cuando empezó a prestar servicios para la Consellería demandada y los contratos en virtud de los cuales lo hizo y su duración, dejando así debidamente fijadas las fechas de inicio (18.09.91) y terminación (17.03.96) del primer contrato y de inicio del segundo (18.03.96), lo que permite resolver en su caso y en clave jurídica la cuestión de la antigüedad al margen y sin necesidad de adicionar a los H.P. lo ahora solicitado.

CUARTO.- La censura jurídica que se formula en el recurso ha de ser valorada tomando en consideración lo fundamental probado siguiente: A) La actora ha venido prestando servicios para la Consellería demandada con la categoría profesional de Educadora en el Centro de Menores de “M.” desde el 18.09.91 al 17.03.96, mediante contrato de fomento de empleo (H.P. 1º), el cual fue suscrito al amparo del Real Decreto 1.989/84 y prorrogado sucesivamente, constando que lo fue por última vez en 01.02.95 (F. 41 ó 101) como acogido al Real Decreto 18/93 y Ley 10/94 por el período del 18.03.95 al 17.03.96; y desde el 18.03.96 (H.P. 1º) mediante el contrato de interinidad suscrito al amparo del Real Decreto 2.546/94 que obra al folio 38 ó 132 y en los términos que en él constan. B) En fecha 13.05.99 le fue comunicado a la actora su cese en el propio día por tomar posesión de la plaza que ocupaba la titular de la misma (H.P. 2º); tomando efectivamente posesión al día siguiente de la plaza de educadora que ocupaba la actora en el Centro “M.”, señalada con el código 994040232001003, M.C.C.R. (H.P. 5º y 6º). Y C) Mediante Orden de 06.05.99, publicado en DOG de 13.05.99, se procedió al nombramiento como personal fijo de la Xunta de Galicia de los aspirantes que superaron las pruebas selectivas de los diversos grupos y categorías convocadas por la Orden de 02.12.96, cubriendose en tal concurso 3 de las 9 plazas de educadoras servidas por interinos en el centro de la actora, constando el cuadro de ceses y tomas de posesión en puestos tras el concurso que se recoge en el H.P. 6º.

QUINTO.- Este Tribunal, en sentencias como las de 24.06.94, 02.04.96, 20.11.96, 12.03.99..., tiene declarado que la complejidad que plantea la contratación temporal por parte de las

Administraciones Pùblicas, responde –según es común doctrina- 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 Pùblicas 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 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 concurra 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.

La Sentencia de este Tribunal de 23.06.99 también se hacía eco de que “es reiterada doctrina jurisprudencial (sentencias del Tribunal Supremo entre otras de 06.11.96, 22.05.97 y 20.01.98), la de que: “las Administraciones Pùblicas pueden utilizar la contratación temporal no sólo en los casos de sustitución de trabajadores con derecho a reservas de puesto de trabajo (interinos por

sustitución), a cuyo supuesto se refiere el art. 15.1.c) del ET y el art. 4 del Real Decreto 2.104/84, sino también para la cobertura provisional de vacantes hasta que se cubran definitivamente por sus titulares a través de los procedimientos establecidos al efecto (interinidad por vacante), lo que admite expresamente el Real Decreto 2.104/96 de 29 de diciembre, que sustituye al anterior; añadiendo a propósito de la identificación de la plaza que, “no se precisa una formalidad particular, bastando con que se realice con criterios objetivos de modo que la actividad posterior de la Administración no ocasione indefensión al afectado”.

De otra parte, el fraude de ley es algo más que la simple omisión de determinadas formalidades en la constitución de la relación jurídica y requiere una clara voluntad de eludir un mandato imperativo, por lo que los defectos en la contratación no conllevan la aplicación del art. 6.4 CC, sino tan solo en el supuesto de que resulten demostrativos de aquella voluntad de obtener un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico (a modo de ejemplo, la STS de 04.04.90 Ar. 3.104).

Finalmente, la sentencia de este tribunal de 17.06.99 se hace eco de y deja establecido lo siguiente: “...porque –tal como señala la STS 22-septiembre-98 Ar. 7423 a partir de la STS 7-octubre-96 Ar. 7.492 (seguida por las sentencias de 10-diciembre-96 Ar. 9.139, 30-diciembre-96 Ar. 9.864, 11-marzo-97 Ar. 2.312 y 14-marzo-97 Ar. 2.471) se establece nueva línea jurisprudencial que distingue, en orden a la determinación de los efectos derivados de irregularidades trascendentales en la contratación temporal por parte de las Administraciones Pùblicas, entre trabajador “fijo de plantilla” y “contratado con carácter indefinido”, reservando la primera calificación a los contratados por el procedimiento reglamentario. Y precisando tal distinción, las SSTS 20-enero-98 Ar. 1.000 y 21-enero-98 Ar. 1.138, dictadas en Sala General, sientan la doctrina de que las AA PP están situadas “en una posición especial en materia de contratación laboral, en la medida en que las irregularidades de los contratos temporales, no pueden dar lugar a la adquisición de la fijeza, pues con ello se vulnerarían las normas de derecho necesario sobre la limitación de los puestos de trabajo en régimen laboral y la reserva general a favor de la cobertura funcionarial, así como las reglas imperativas que garantizan que la selección debe someterse a los principios de igualdad, mérito y publicidad en el acceso al empleo público”. Añadiendo las mismas que el reconocimiento de las irregularidades no llevará a consecuencias prácticas distintas de las que se derivarían de un contrato de interinidad con la

garantía de empleo hasta la cobertura del puesto que se desempeñase, y que el “carácter indefinido del contrato” implica que no esté sometido – directa o indirectamente- a un término, pero como la Administración empleadora está obligada a adoptar las medidas precisas para la provisión regular del puesto de trabajo, resulta que “producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir en contrato”. 2- De esta forma y cualquiera que sean las irregularidades apreciables en las sucesivas contrataciones del actor, pese a todo éste no pasó a ser trabajador “fijo” del SERGAS y en manera alguna quedó protegido su contrato frente al evento de que la plaza por él ocupada fuese cubierta en la forma reglamentaria...”

SEXTO.- Las precedentes consideraciones, aplicadas en forma oportuna a la situación probada, lleva a concluir que el recurso formulado resulta inviable, siendo correcta la sentencia de instancia al entender que el cese de la actora ha sido ajustado a derecho y que no cabe apreciar despido en la decisión de la demandada.

El contrato temporal de fomente de empleo celebrado entre las partes el día 18.09.91 al amparo del Real Decreto 1.989/84, si bien no se extinguío hasta el 17.03.96, teniendo así una duración total de 4 años y 6 meses, ello consta que lo fue por sucesivas prorrogas; al hilo de ello, también consta que el contrato se prorrogó en su última etapa de vigencia acogiéndose al Real Decreto 18/93 de 03.12.93 –que en su D.A. 3^a disponía que los contratos temporales de fomento del empleo celebrados al amparo del Real Decreto 1.989/84 cuya duración máxima de 3 años expirase entre el 1/1 y el 31.12.94 podían ser prorrogados por una sola vez por un plazo máximo de 18 meses- y a la Ley 10/94 –derogatoria del Real Decreto 18/93 y cuya D. A. 3^a dispuso para los mismos contratos dichos, de fomento del empleo celebrados al amparo del R.D. 1.989/84 cuya duración máxima de 3 años expirase entre el 1/1 y el 31.12.94, como el de la actora, que podrían ser objeto de dos prórrogas como máximo hasta un plazo de 18 meses-. De esta manera, el contrato de fomento de empleo suscrito en 18.09.91 no fue extinguido hasta el 17.03.96, sin que en todo caso llegase a tener una duración total superior a las previsiones de la Ley 10/94 en su D.A. 3^a.

A partir de lo anterior, no cabe considerar que el referido contrato celebrado al amparo del R. D. 1.989/84 como medida de fomento de empleo obstase al de interinidad inmediatamente suscrito tras su extinción, o lo viciase en la forma que se sostiene en el recurso; en ningún caso con el efecto pretendido en él, puesto que como ya se dejó puntualizado en el fundamento anterior, las

posibles irregularidades en la contratación temporal no podrían dar lugar a la adquisición de fijeza, sino, aún de poder sostenerse el carácter indefinido del contrato, precisamente a consecuencias asimilables a la interinidad, solo con garantía de empleo hasta la cobertura del puesto que se desempeñase y sin impedir que la Administración empleadora adoptase las medidas precisas para la provisión regular del puesto de trabajo. Y a esta previsión y efecto en todo caso respondía el contrato de interinidad suscrito al amparo del R.D. 2.546/94, en cuyas cláusulas 6^a y 7^a se dejó establecido tanto que su objeto era la cobertura de la plaza vacante hasta que fuera cubierta por el procedimiento establecido, reconvertida o amortizada, como que la duración del contrato se extendería desde el 18.03.96 hasta que fuera cubierta, reconvertida o amortizada la dicha plaza ocupada por la actora. Y efectivamente, el cese definitivo de la actora en fecha 13.05.99 respondió a las dichas previsiones legales-contratuales, dado que fue debido a tomar posesión del puesto y plaza que ocupaba la persona que en concurso legalmente convocado y celebrado al efecto había obtenido la titularidad de la misma y, por ello, había sido nombrada como personal fijo de la Xunta de Galicia, quedando así legalmente extinguida la interinidad. No obstante a ello lo relativo a la identificación de la plaza que se alega en el recurso. La sentencia de instancia ha considerado oportunamente identificada la plaza ocupada interinamente por la actora y su coincidencia con la cubierta reglamentariamente por M.C.C.R., nombrada titular de la misma tras el proceso selectivo correspondiente, reflejándolo así en sus H.P. y en su fundamento de derecho primero; conclusiones que deben ser mantenidas en suplicación por avaladas por prueba oportuna y ajustarse a derecho. La actora vino ocupando puesto de educadora en el Centro de Menores de “M”; y así se determinaba en los contratos suscritos. A partir de ello, ya en 1994 la Consellería de Familia, Muller e Xuventude aparece participando a la actora (folio 127) que aprobada la relación de puestos de trabajo del personal laboral, el que ocupaba, “educador... de la extinguida Consellería de Traballo...”, figuraba en la relación de la Consellería con la denominación de Educador, C.P. FAC 994040232001003; e igual cuando se extinguió aquella Consellería y pasó a ser Consellería de Familia e Promoción de Emprego, Muller e Xuventude (Folio 128). De igual modo, en el concurso resuelto por Orden de 06.05.99, DOG de 13.05.99, en que se nombra como personal laboral fijo a los aspirantes que superaron el proceso selectivo convocado por Orden de 02.12.96, figura nombrada como titular y para ocupar el puesto de educador en el Centro de Menores “M.” FAC 994040232001003, el

ocupado por la actora, M. C.C.R., que fue quien el día 14.05.99 tomó posesión de tal plaza tras haber motivado el cese de la actora el día anterior (H.P. 2º, 5º y 6º). Por encima, se recuerda la doctrina anteriormente mencionada relativa a que respecto a la identificación de la plaza no se precisa una formalidad particular, bastando con que se realice con criterios objetivos de modo que la actividad posterior de la Administración no ocasione indefensión al afectado.

En definitiva, consecuencia última de lo expuesto es que la actora en ningún momento consolidó un derecho a mantener su relación laboral con la demandada al margen o con independencia de la cobertura reglamentaria del puesto desempeñado; derecho que no se le otorgó ni el contrato inicial de fomento de empleo ni el posterior de interinidad, de tal manera que oportunamente identificado aquel puesto y constando su cobertura en forma reglamentaria, al haber acordado la demandada su cese laboral en 13.05.99 como consecuencia de tomar posesión de la plaza por ella ocupada el titular de la misma, no existe el despido reclamado sino extinción del contrato por una causa lícita. Se rechaza, pues, el recurso y se confirma la sentencia recurrida, que no ha incurrido en la infracción legal que aquel denunciaba.

Fallamos

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por doña M.G.F.P. contra la sentencia dictada por el juzgado de lo social nº 3 de Ourense de fecha 22.10.99 en autos tramitados bajo el nº 543/99 a instancias de la recurrente frente a la Consellería de Familia, Muller e Xuventude –Xunta de Galicia, confirmamos la sentencia recurrida.

2883 RECURSO N° 225/00

S. S.

**INEXISTENCIA DE DESPEDIMENTO, Ó TER
MEDIADO EXTINCIÓN LÍCITA DE
CONTRATO PARA OBRA OU SERVICIO
DETERMINADOS.**

Ponente: Ilmo. Sr. Don José María Cabanas Gancedo

A Coruña, a quince de febrero de dos mil.
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 225/2000, interpuesto por don O.B.R. contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. uno de La Coruña.

Antecedentes De Hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 651/99 se presentó demanda por don O.B.R. en reclamación de despido siendo demandado la empresa “T.S.A.S.R., S.L.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 5 de noviembre de 1999 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 O.B.R., vino prestando servicios para la empresa demandada desde el 28 de mayo de 1999, con la categoría profesional de “patrón Cabo” y salario mensual de 150.000 pesetas con prorrato de pagas extraordinarias.- 2º) Que el actor suscribió con la empresa demandada un contrato de obra o servicio determinado, pactando como duración desde el 28 de mayo de 1999 hasta “fin de obra”, constituyendo el objeto de dicho contrato “la realización de una obra en el “M.E.”.- 3º) Que el actor cesó voluntariamente en la empresa demandada en fecha 22 de julio de 1999, comenzando a prestar servicios para la empresa “L.M.O., S.L.” el 28 de julio de 1999.- 4º) Que el actor no ha ostentado la cualidad de representante de los trabajadores.- 5º) 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 don O.B.R., contra la empresa “T.S. A.S.R., S.L.”, 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 pase de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Disconforme el actor con que, en la sentencia de instancia, se desestime la demanda, dirigida a que se declare la nulidad, o, subsidiariamente, la improcedencia del despido, que alega; formula recurso de suplicación, en primer lugar, por el cauce del apartado b) del

artículo 191 del TRLPL, a fin de que, en el hecho probado tercero de la resolución impugnada –que dice “que el actor cesó voluntariamente en la empresa demandada en fecha 22 de julio de 1999, comenzando a prestar servicios para la empresa 2L.M.O., S.L., el 28 de julio de 1999”-, se sustituya la expresión “voluntariamente”, por “por fin de obra”; en segundo, por el mismo cauce, dirigido a que se añada un nuevo hecho probado a dicha resolución, que afirme “que el actor trabajó los días 28 y 29 de mayo de 1999 en la extracción de los restos del buque “M.E.”, quedando finalizados los trabajos a instancias del Servicio Marítimo de la Guardia Civil de A Coruña, por carecer la empresa demandada de la preceptiva autorización administrativa para los mismos”; en tercero, por el del c) del mismo precepto, denunciando infracción, por aplicación indebida, del artículo 49.1.d) del Estatuto de los Trabajadores, y, por interpretación errónea, del 1.214 del Código Civil; en cuarto, por igual cauce que el anterior, alegando infracción, por inaplicación, del artículo 2 y concordantes del Real Decreto 2.546/1994, de 29 de diciembre, y del 15.1.a) del ET, según la redacción dada por el Real Decreto Ley 8/1997, de 16 de mayo, en relación con el 6.4 del Código Civil; y, en quinto, también por el cauce del apartado c) del artículo 191 del TRLPL, denunciando infracción, por no aplicación, de los artículos 55, en relación con el 15.3, del ET, y 108 de la LPL.

SEGUNDO.- De las revisiones fácticas, en la sentencia de instancia, que pretende el demandante, con los dos primeros motivos del recurso, la sala estima procedente –aunque con los nulos efectos prácticos, que se verán-, la que se interesa en el primero, referente a sustituir la expresión “voluntariamente”, utilizada para referirse al cese de aquél, por “fin de obra”, ya que, del examen del contenido de la prueba documental, que se cita en su apoyo -el finiquito (folio 10), no firmado por las partes, pero no impugnado por la empresa, y la certificación de ésta (folio 11)-, resulta la certeza de lo interesado; y no estima, en cambio, procedente, la que se solicita en el segundo, pues el recurrente pretende que se hagan constar que solamente trabajó los días 28 y 29 de mayo de 1999, en la extracción de restos del buque “M.E.”, al paralizar los trabajos el Servicio Marítimo de la Guardia Civil, por carecer la empresa de autorización administrativa para llevarlos a cabo, con fundamento en un medio probatorio, que, al no poder considerársele como documental o pericial –pues no puede, obviamente, considerarse como prueba documental a la declaración, por él efectuada sobre ello, ante el Servicio Marítimo de la Guardia Civil de A Coruña, pues, aunque se recoja, mediante un acta, el contenido de la misma, en ese extremo, tiene, a los efectos de este procedimiento, un claro matiz de confesión

judicial-, no está incluido, en el apartado b) del artículo 191 del TRLPL, entre los aptos para revisar los hechos declarados probados.

TERCERO.- Estima el demandante, en el cuarto motivo del recurso –único, por cierto, de los que se formulan por la vía del apartado c) del artículo 191 del TRLPL, que tiene interés, a efectos de análisis, porque el tercero se centra en examinar la valoración probatoria, que llevó a cabo la juzgadora de instancia, y con ello se reitera, por un cauce inadecuado, una cuestión, ya planteada en los dos primeros; y el quinto es, como se reconoce expresamente, un mero corolario de lo anteriormente expuesto, pues su única argumentación consiste, en que, al cometerse fraude de ley, “es consecuencia jurídica evidente, a la luz de la legislación aplicable, que el cese operado... deviene en un despido improcedente”-, que, como la obra, objeto de contrato, finalizó a los dos días de haberse iniciado, y como, a pesar de ello, el actor continuó prestando servicios para la empresa demandada en otras obras y al amparo del mismo contrato de trabajo, el contrato temporal inicial, devino en indefinido; pero esta argumentación, una vez que no resultó acreditado, por las razones ya expuestas, que la duración del contrato inicial de obra o servicio determinado, con el objeto de “la realización de una obra en el “M.E.”, fue de solamente dos días; carece del necesario sustento y, por lo tanto, no es aceptable.

CUARTO.- Todo lo anterior lleva a la desestimación global del recurso y a la confirmación del fallo de la sentencia de instancia. Por lo expuesto.

Fallamos

Que, con desestimación del recurso de suplicación, planteado por don O.B.R., contra la sentencia, dictada por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez de lo Social nº 1 de A Coruña, en fecha 5 de noviembre de 1999; debemos confirmar y confirmamos el fallo de la misma.

2884 RECURSO N° 8/99

S. S.

INEXISTENCIA DE DISCRIMINACIÓN SALARIAL, Ó TER MEDIADO ERRO INVOLUNTARIO DA EMPRESA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José María Cabanas Gancedo

A Coruña, a diecisiete de febrero de dos mil.
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 número de demanda 8/99 a instancia del COMITÉ DE EMPRESA DE “C., S.A.” representado por don F.M.R., contra la Empresa “C., S.A.” representada por don B.L.L. y asistido del letrado don A.F.C., siendo el objeto del litigio CONFLICTO COLECTIVO.

Antecedentes de hecho

ÚNICO.- En fecha de 28.12.99, se recibió en la sala comunicación sobre conflicto colectivo presentada por la delegación provincial de la Consellería de Xustiza, Interior e Relaciones Laborais, siendo proveida en fecha 03.01.2000, convocando a las partes a la celebración de los actos de conciliación y juicio para el dia 20 de enero a las 10,30 horas. En la indicada fecha se celebraron los referidos actos, no llegándose a avenencia y exponiendo las partes lo que a su derecho convino, con práctica de prueba documental y testifical, elevándose a definitiva las conclusiones y quedando los autos vistos para sentencia.

Hechos declarados probados

PRIMERO.- En fecha 13.12.99 el Comité de Empresa de “C., S.A.”, remitió a la Consellería de Xustiza, Interior e Relaciones Laborais da Xunta de Galicia, exposición sobre conflicto colectivo de trabajo, versando el mismo sobre el trato discriminatorio respecto del personal de nueva contratación en lo referente al reconocimiento del beneficio de descuento en la compra de productos comercializados por la empresa, habida cuenta de que se concedió a unos y a otros no, interesando, en consecuencia, la condena de la empresa a eliminar de todos los nuevos contratos la cláusula que hace desaparecer el indicado beneficio.

SEGUNDO.- El 28.12.99 la Delegación Provincial de la Consellería correspondiente de la Xunta de Galicia presentó comunicación sobre Conflicto Colectivo. TERCERO.- La empresa “S.C., S.A.”, fue absorbida por el Grupo “G.”, dedicado a la misma actividad. A partir de mayo de 1999 la sociedad excluyó del beneficio de descuento al personal de nueva contratación, manteniéndolo respecto de los trabajadores de la empresa “C., S.A.” que lo habían venido hasta entonces percibiendo. En alguno de los nuevos contratos suscritos (un porcentaje mínimo de los 696 contratos nuevos realizados en total) no se incluyó la cláusula de exclusión del derecho de descuento.

Fundamentos de derecho

ÚNICO.- Los términos del conflicto pueden sintetizarse así: la sociedad “S.C., S.A.” venía otorgando a su personal un descuento en la compra de productos de la empresa; en febrero de 1988 fue absorbida por el Grupo “G.”, dedicado a la misma actividad; a partir de mayo de 1999 la sociedad excluyó del beneficio de descuento a personal de nueva contratación, manteniéndolo respecto de los trabajadores que lo habían venido percibiendo; los demandantes se consideran discriminados en razón a que en alguno de los contratos de la nueva plantilla (696 contratos en total) no se consigna la cláusula de desaparición de la tarjeta de descuento. Pues bien, del análisis de los contratos aportados por los litigantes, se constata que, en alguno de ellos, como los referidos a doña S.F.R., don J.A.Y.G. y doña E.L.B. (de un total de 696), no figura incorporada al clausulado adicional, la cláusula (quinta) excluyente del descuento en compra. De ello no puede, sin embargo, deducirse la discriminación alegada como único sustento de la demanda (el colectivo afectado admite explícitamente que “la empresa no tendría por qué aplicar la ventaja del descuento al personal de nueva contratación”), dado que tal concepto implica dar un trato de inferioridad por motivos reprobables (raza, sexo, religión, ideología...), siendo así que la empresa alega error en la confección de los contratos del nuevo personal en los que no se hizo figurar la cláusula de exclusión del beneficio, y la sala considera real el alegato en valoración del testimonio ofrecido por el Jefe de Personal, que suscribió los contratos en nombre de la empresa, exteriorizando su confusión a la vista de los contratos exhibidos por la parte actora en los que no se incluía la supresión de la tarjeta de descuento. Es más, no se corresponde con la lógica empresarial el realizar un estudio económico del beneficio otorgado a la plantilla, decidir mantenerlo respecto de ella y suprimirlo – por su elevado coste- en relación a los nuevos contratados, para, a su vez, otorgarlo a tres ó cuatro de ellos por motivos arcanos. En suma, la discriminación es volitiva, y como fruto de la voluntad ordenada a un fin, incompatible con un error en la confección de determinados documentos de entre los centenares suscritos, circunstancia que no puede generar la adquisición de un derecho al margen del común acuerdo o, parafraseando la argumentación accionante, en contra de la legítima decisión empresarial de excluir al personal de nuevo ingreso del beneficio ostentado por la plantilla.

Por lo expuesto,

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos la demanda de Conflicto Colectivo planteada a través de la comunicación a que se refiere el artículo 156 de la Ley de Procedimiento Laboral, absolviendo a la empresa demandada de los pedimentos en aquella contenidos.

2885 RECURSO N° 4.919/96

S. S.

PROCEDENCIA DE RECLAMACIÓN SALARIAL POR REALIZACIÓN DE TRABALLOS DE CATEGORÍA SUPERIOR.

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

A Coruña, a diecisiete de febrero de dos mil.
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 4.919/96 interpuesto por doña A.P.L. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de Ferrol.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 185/96 se presentó demanda por doña A.P.L. en reclamación de personal Xunta siendo demandado el Xunta de Galicia (Consellería de Familia, Muller e Xuventude) en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 12 de julio de 1996 por el juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1º.- La demandante doña A.P.L. viene prestando servicios laborales para la Xunta de Galicia desde el día 1 de septiembre de 1979 ocupando la categoría profesional de Auxiliar de Puericultura (Grupo IV) en la Guardería Infantil “V.C.” de Ferrol y percibiendo el salario previsto en el Convenio Colectivo aplicable./2º.- La demandante, que está en posesión del título de Graduado Escolar, viene realizando las funciones siguientes: Alimentación del niño: administración del desayuno, comida y merienda, según el menú del día, usando correctamente los útiles de comida.- Higiene, aseo del niño: lavado, peinado

y control de esfínteres- Administración de medicamentos según indicaciones de los padres o, en su caso, del médico o enfermera de la guardería.- Vigilancia y cuidado de los niños durante los períodos de descanso, juego y comidas.- Dinamizar las actividades de juegos de grupos, discriminación de colores, tamaños y formas y desarrollo del lenguaje.- Inculcación de hábitos básicos de comportamiento./3º.- En la guardería Infantil en la que la actora presta sus servicios laborales no existe la categoría profesional de Educador./4º.- La diferencia salarial mensual entre la categoría profesional que ostenta la actora y la de Educadora Asciende a la cantidad de 63.461 pesetas mensuales./5º.- La actora agotó la vía administrativa previa.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Desestimo la demanda sobre cantidades formulada por doña A.P.L. contra la XUNTA DE GALICIA, y, en consecuencia, absuelvo a la parte demandada de las pretensiones de la misma”.

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.- En recurso formulado frente a la sentencia que desestimó demanda en reclamación de diferencias salariales por el ejercicio de funciones correspondientes a la superior categoría profesional de educadora, la accionante solicita en que el segundo de los HDP haga expresa indicación de que “La actora está adscrita a un grupo de niños de 3 a 4 años (12 niños)”. No se admite la adición en los términos propuestos, porque el informe de la Inspección de Trabajo – sin foliar y fechado en 5/julio/96– que se invoca como fundamento revisorio afirma literalmente que “la demandante, en el presente Curso, está adscrita al grupo de niños de 3 a 4 años (12 niño)”; precisión importante que ha de añadirse al texto incorporado, por cuanto que las diferencias salariales que en demanda se piden corresponden al periodo 18/enero/95 a 18/enero/96. De esta forma, el texto a añadir es el siguiente: “En el Curso 95/96 la actora ha estado adscrita al grupo de niños de 3 a 4 años”.

SEGUNDO.- También se interesa que el segundo de los HDP sea indicativo de que “Las funciones de la actora consisten en las siguientes actividades programadas: Experiencia social y natural: *1-Conocimiento de sí mismo:* - Identificar y nombrar las principales partes extremas del cuerpo.- Descubrir las posibilidades de movimiento de las distintas partes del cuerpo (cabeza, manos, etc.).- Empezar a orientarse en el espacio (dentro, fuera, arriba, abajo, etc.)-

Adquirir hábitos de higiene, lavado de cara, manos.- Adquirir hábitos de vestirse y desvestirse, abrochar y desabrochar, etc.2- *Conocimiento e integración en el medio natural*: - Adaptación a la escuela.- Explorar el entorno y observar las plantas y los animales que podamos encontrar en él.- Empezar a enseñarles el cuidado y el respeto del medio natural. 3- *Conocimiento e integración en el medio social*: - Adaptación al personal del Centro.- Adaptación al resto de los niños con los que van a convivir.- Conseguir la participación en las distintas tareas y juegos que se realicen tanto en la clase como en el patio. Lenguaje: comprensión auditiva y visual: - Ser capaces de mantener la atención en períodos cortos de tiempo.- Comprensión y realización de mandatos orales sencillos.- Identificación de sonidos que hacen los animales conocidos (gato, pato, etc.).- Observar los objetos e identificarlos por tamaños (grande-pequeño). Educación artística: expresión corporal:- Identificarse con su propio cuerpo.- Establecer ritmos sencillos: andar, correr, palmas, etc. Desarrollo de la creatividad: - Estimular y motivar la fantasía del niño. Formación rítmica: - Despertar el ritmo natural del niño, andar, correr, saltar, etc. Expresión plástica: - Trabajar con barro, plastilina, etc.- Cortar papel y pegarlo.- Iniciación al picado.”.

Tampoco aceptamos la variación propuesta, por cuanto que en apoyo de la misma únicamente se cita el Proyecto Educativo del Centro (folios 83 a 85), realizado para el curso 89/90 y exclusivamente referido a niños de 3 a 4 años (nos remitimos a la anterior revisión fáctica). Y este “proyecto” no evidencia error alguno por parte del magistrado de instancia al tener por acreditadas las funciones que señala el informe elaborado por el Equipo Técnico de la Dirección Xeral de Familia (folios 228 a 233); y aunque ha de observarse que éste solamente hace referencia a tres grupos de edad (0-1 años, 1-2 años y 2-3 años) y no se hace mención ninguna a las funciones que corresponden al grupo de niños de 3-4 años, con el que la accionante trabaja en el curso 95/96, lo cierto y verdad es que el referido informe de la Inspección de Trabajo, después de concretar ese dato sobre los menores, añade que las funciones realizadas con ellas son exactamente las que señala el equipo técnico, que literalmente reproduce. Por ello, pues, ha de mantenerse íntegramente el segundo de los HDP, expresivo de que “La demandante, que está en posesión del título de Graduado Escolar, viene realizando las funciones siguientes: - Alimentación del niño: administración del desayuno, comida y merienda, según el menú del día, usando correctamente los útiles de comida. - Higiene, aseo del niño: lavado, peinado y control de esfínteres. - Administración de medicamentos según indicaciones de los padres o, en su caso,

del médico o enfermera de la guardería. - Vigilancia y cuidado de los niños durante los períodos de descanso, juego y comidas. - Dinamizar las actividades de juegos de grupos, discriminación de colores, tamaños y formas y desarrollo del lenguaje. - Inculcación de hábitos básicos de comportamiento”.

Y como se recoge igualmente por el magistrado en el primero de los fundamentos de derecho, haciendo suya la conclusión del equipo técnico y con pleno valor de hecho probado, “De estas actividades laborales, [...] el 80% tiene carácter asistencial, mientras que el 20% restante va dirigido a funciones complementarias referidas a la adquisición de pautas de comportamiento y hábitos de autonomía personal”.

TERCERO.- En el apartado de examen del derecho, el recurso denuncia la interpretación errónea del art. 39 ET, en relación con el art. 15 y la Disposición Transitoria Tercera del Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Xunta de Galicia. Y se ha de reiterar criterio ya expuesto en nuestras sentencias de 18-mayo-99 R.1.929/96, 30-junio-99 R. 2.591/96 y 11-febrero-99 R. 4.278/96.

1.- Desde el punto de vista normativo ha de tenerse en cuenta (a) que el aplicable Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Xunta de Galicia (DOG 28-diciembre-1994) contempla las respectivas categorías profesionales de Educador Diplomado y Auxiliar-Puericultor (no aparece recogida la de Puericultor), pero sin precisar sus cometidos, preceptuando por ello que “mientras no se definan las funciones de cada categoría, en relación con cada puesto de trabajo efectivamente desempeñado, serán de aplicación las que tenía recogidas cada colectivo en su convenio de procedencia” (Disposición Transitoria Tercera); (b) que el Anexo III del Convenio Colectivo del INAS-GALICIA –DOG 22-junio-1988– se limita a señalar con indudable vaguedad que son Educadores Diplomados los que en posesión del correspondiente título, “prestan servicios complementarios para la formación del alumno, cuidando del orden y compostura de éste en todos los actos del día” y que en la misma categoría se incluyen los “Educadores Infantiles y los de centros de Educación Especial”, mientras que se definen los Auxiliares de Puericultura como quienes “bajo la dirección” de Puericultor “realizan las funciones auxiliares que les encomiendan”.

2.- Asimismo, en la LOGSE (Ley 1/1990, de 3-octubre) se dispone que la educación infantil – hasta los seis años de edad– “contribuirá al desarrollo físico, intelectual, afectivo, social y moral de los niños” (art. 7), con los concretos objetivos de aprendizaje que señalan los arts. 8 y 9 (conocimiento y control del propio cuerpo y sus posibilidades de acción, formas de expresión y comunicación, lenguaje, pautas de convivencia,

entorno natural, familiar y social), y que desarrollan el art. 2 RD 1330/1991, de 6-septiembre, y el art. 4 del RD 1.330/1991, de 6-septiembre, razón por la cual se dispone en el art. 10 LOGSE que la misma “será impartida por maestros con la especialización correspondiente”, sin perjuicio de que “en el primer ciclo los centros dispondrán asimismo de otros profesionales con la debida cualificación”; mandato reiterado por el art. 14 RD 1.004/1991 (14-junio) y que desarrolla el art. 15 del mismo al disponer que los centros en los que se imparta, exclusivamente, el primer ciclo de Educación Infantil –hasta los tres años, conforme al art. 9.1 LOGSE– (a) deberán contar con personal cualificado en número igual al de unidades en funcionamiento, más uno; (b) por cada seis unidades o fracción deberá haber, al menos, un maestro especialista en Educación Infantil o Profesor de Educación General Básica especialista en Preescolar; (c) que el personal cualificado estará formado por maestros especialistas en Educación Infantil o Profesores de Educación General Básica especialistas en Preescolar, y por Técnicos Superiores en Educación Infantil o Técnicos Especialistas en Jardín de Infancia; y (d) que los niños serán atendidos en todo momento por el personal cualificado. En tanto que los centros que proporcionen, exclusivamente, el segundo ciclo de Educación Infantil (desde los tres hasta los seis años, conforme al precitado art. 9.1 LOGSE), deberán contar –art. 16–, como mínimo, con un maestro especialista en Educación Infantil o un Profesor de Educación General Básica especialista en Preescolar, por cada unidad. Y los centros en los que se imparten los ciclos primero y segundo deberán contar –art. 17– “con el personal cualificado mencionado en los arts. 15 y 16 del presente Real Decreto”.

3.- Lo anteriormente indicado pone de manifiesto que en materia de Educación Infantil el nomenclátor procedente del INAS y todavía acogido por el Convenio Único de la Xunta – Educador/a y Auxiliar de Puericultura– resulta en la actualidad del todo obsoleto y en manera alguna responde a las exigencias profesionales y funcionales impuestas por la LOGSE, que – acabamos de decirlo– atribuye en exclusividad la formación de los niños a quienes tienen titulación de Maestro, Profesor de EGB, Técnico Superior o Técnico Especialista en Educación Infantil. Si bien ha de destacarse –posteriormente veremos su trascendencia– que esta última categoría ya viene recogida en el Anexo II del indicado Convenio Único, dentro del Grupo III y con el ordinal (50).

CUARTO.- 1.- A la vista de lo anteriormente indicado –en lo fáctico y en lo normativo– para la sala es claro que las funciones atribuidas a la recurrente y que precedentemente se han recordado –la atención integral a infantes, en los

términos previamente indicados–, en manera alguna pueden calificarse como “servicios complementarios para la formación del alumno”, y que poco o nada tienen que ver con el “orden y compostura” en los actos diarios. Es más, se puede decir que la función del Educador –en la definición del Convenio Colectivo del INAS-Galicia– ofrece un primordial aspecto de apoyo docente que no es el específico de las escuelas infantiles o de educación preescolar, cuyo objetivo fundamental era –así se señalaba en el art. 13 de la derogada Ley 14/1970, de 4-agosto, vigente a la fecha de pactarse el referido Convenio del INAS– “el desarrollo armónico de la personalidad del niño” (con formación –se decía– “de carácter semejante a la vida del hogar” hasta los tres años, y que “tenderá a promover las virtualidades del niño” entre los cuatro y cinco años); y que actualmente consiste –el referido objetivo– en contribuir “al desarrollo físico, intelectual, afectivo, social y moral de los niños” (citado art. 7 LOGSE). Tal como está planteada la cuestión en autos, no creemos que la decisión a adoptar haya de ser coincidente con la STS 25-marzo-1994 Ar. 2.638, en la que a Auxiliares de Puericultura –también procedentes del INAS y transferidas a la Comunidad Autónoma de Madrid– se les reconoció el derecho a percibir la retribución correspondiente a la categoría profesional de Educador, porque existía el ejercicio efectivo de tales funciones (este era presupuesto de hecho indiscutido, inexistente en el presente caso), cuyo contenido en el correlativo Convenio Colectivo se desconoce, porque no constaba mediase una exigencia legal, que no convencional, de título oficial específico habilitante del que careciesen (reiterando en este aspecto, criterio ya sentado por las SSTS 30-marzo-1992 Ar. 1.887, 25-marzo-1994 Ar. 2.638, 27-diciembre-1994 Ar. 10.710, 30-mayo-1996 Ar. 4.709, 19-abril-1996 Ar. 3.327, 4-junio-1996 Ar. 4.481, 12-junio-1996 Ar. 5.066, 15-julio-1996 Ar. 5.989, 22-julio-1996 Ar. 6.384, 23-septiembre-1996 Ar. 6.767, 23-septiembre-1996 Ar. 6.768, 30-septiembre-1996 Ar. 6.955, 10-octubre-1996 Ar. 7.612, 23-octubre-1996 Ar. 7.788, 20-marzo-1997 Ar. 2.593, 11-mayo-1997 Ar. 3.974, 15-mayo-1997 Ar. 4.099 y 3-julio-1997 Ar. 5.696), y porque –en ello coincide el caso de autos– tampoco se trataba de una relación estatutario-administrativa, excluyente de aplicarse el art. 23.3 ET (SSTS 26-julio-1993 Ar. 5.983, 29-octubre-1993 Ar. 8.054 y Auto de 11-junio-1997 Ar. 4.702).

2.- Ahora bien, este tribunal también entiende – como había hecho en las precitadas sentencias, rectificando la solución adoptada en precedente resolución de 8-abril-99 R. 435/96 y tras reconsideración del tema– que el cometido de la demandante excede, con mucho, del previsto para el/la Auxiliar de Puericultura que el Anexo III del

citado Convenio del INAS (“funciones auxiliares que les encomienden”), o del contemplado en el art. 12 de Reglamentación de Trabajo para Guarderías Infantiles, aprobada por OM de 18-enero-72 (alimentación, aseo y bienestar de los niños), precisamente porque el quehacer de la misma –ya referido– se encuentra en coherente línea con la previsiones contenidas en la LOGSE y que han quedado indicadas. Y esta consideración nos lleva a estimar parcialmente la demanda, por entender que las funciones ejercitadas tienen perfecta cabida en la categoría profesional de Técnicos especialistas en Jardín de Infancia que refiere el art. 15 del RD 1.004/1991 (14-junio) y que expresamente se contempla en el Anexo II del Convenio Único del Convenio Colectivo de la Xunta de Galicia, en el Grupo III y bajo el nº 50, recogiendo así una categoría profesional y correlativas funciones señaladas imperativamente en la LOGSE para la educación primaria.

3.- Aunque a la Sala no le consta los concretos estudios (presumiblemente Formación Profesional) para la obtención del correspondiente título de Técnico, pero en todo caso se ha de destacar: (a).- Que la sala tiene la convicción –creemos que razonable– de que la formación adecuada se halla alcanzada no sólo por hecho de que se vienen realizando las mismas funciones desde el año 1979, sino por los numerosos cursillos que ostenta la actora –los folios 24 a 30– y cuya incorporación a autos viene a proponerse de forma implícita (con cita detallada de documentos y contenido) en el propio recurso: “Psicomotricidad”, “El Juego”, “El Proyecto Educativo”, “Atención a la Primera Infancia”, “Atención Familiar del Niño con Parálisis Cerebral”, “La prevención de problemáticas de menores desde el campo educativo” y “Perspectivas actuales de la Escuela Infantil en Europa”; es más, rechazamos como inaceptable hipótesis que la Xunta de Galicia pretendiese cumplir la trascendente misión de educar la infancia (nos remitimos a la Exposición de Motivos de los RRDD 1.330 y 1.333/1991, de 6-septiembre) sin observar las previsiones de la LOGSE en orden al grado de formación y/o titulación exigible a los educadores, sin someter al personal al Plan de Formación convocado y homologado por la Administración Educativa al efecto de que el personal carente de titulación obtenga la que resulte habilitante, antes de que se supere el periodo transitorio contemplado en aquélla y en la normativa de desarrollo (RD 1.004/1991, de 14-junio), tal como se recuerda en la propia resolución desestimatoria de la reclamación previa. (b).- Que –es más– las precedentes conclusiones vienen reforzadas por los donosos términos de los propios recursos efectuados precedentemente por la demandada en las en las actuaciones que dieron lugar a nuestras

sentencias de 18-mayo y 30-junio-99, al referir la existencia en el Convenio Colectivo de la aludida categoría profesional de Técnico Especialista en Jardín de Infancia e indicar –en manera que claramente invita a la solución adoptada por la Sala– “que lo lógico sería instar de la Administración la urgente convocatoria del proceso habilitante para acceder” a la indicada categoría de Técnico Especialista; con ello no se hacía sino reiterar insinuación ya efectuada en la propia vía administrativa, también en autos (folios 5 a 9), cuando en la Resolución que desestimó la reclamación previa y subrayado se indica que “El nuevo sistema educativo de la LOGSE [...] determina las titulaciones habilitantes del personal competente para atender a los niños comprendidos en el primer ciclo (0 a 3 años), Técnicos Especialistas en Jardín de Infancia y Técnicos Superiores en Educación Infantil (FP2), incluidos en el Grupo III, Categoría 50 del vigente Convenio Colectivo, categoría no pretendida por la reclamante”. Palabras que, junto con la máxima “quien pide lo más, pide lo menos”, nos llevan a excluir que el reconocimiento de retribución por el ejercicio de las funciones de aquella categoría de Técnico pueda considerarse una distorsión de las pretensiones y del debate, integrante de censurable incongruencia. (c).- Lo anteriormente indicado no se obsta por el hecho de que sea doctrina jurisprudencial consolidada en la interpretación del art. 23.2 ET la de que en caso de ejercicio de funciones de categoría superior por quienes carecían de la titulación exigida, para tener derecho a retribuciones superiores es necesario no sólo que el ejercicio de dichas funciones de categoría superior excedan de modo evidente de las que son atribuidas a su categoría propia, sino que es preciso también que entren de lleno en las asignadas a la categoría superior y sean llevadas a cabo en posesión de un título y en función justamente del título que de modo específico habilita o capacita para su realización (en tal sentido, la STS 12-febrero-1997 Ar. 1.261, dictada en supuesto –también– de Educación Infantil). Y no se obsta, porque –en el caso de autos– la Disposición Transitoria Octava del RD 1.004/91 (14-junio) norma que “El personal que desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, preste servicios de forma ininterrumpida en los centros a los que se refiere la disposición transitoria quinta, 1, de este Real Decreto [Centros de Educación Preescolar], sin titulación suficiente, dispondrá de un plazo de diez años a partir de la entrada en vigor de la citada ley para obtener dicha titulación. Durante este período, el personal indicado podrá seguir desempeñando su actual puesto de trabajo”. O lo que es igual, la necesidad del título de Técnico Especialista en Jardín de Infancia únicamente

resulta legalmente imperativa –base de la citada jurisprudencia– para la actora a partir de concluirse el periodo transitorio de los diez años (finales del 2000), de manera que en el periodo objeto de reclamación el desempeño de aquellas funciones de superior categoría era plenamente legítimo.

4.- Por todo ello, en observación del sinalagma existente entre los servicios prestados y los correlativos salarios que a aquéllos corresponden (SSTS 30-Septiembre-1996 Ar. 6.955, 11-mayo-1997 Ar. 3.974 y 3-julio-1997 Ar. 5.696), sin el obstáculo –ya aludido– de la titulación oficial habilitante, procede por aplicación de los arts. 4.2.f) y 39.3 ET, así como 35 CE, el reconocimiento de la retribución propia de la funciones realmente desempeñadas, de Técnico Especialista en Jardín de Infancia; consecuencia que se apoya igualmente en la interdicción del enriquecimiento sin causa de que en supuestos similares habla la jurisprudencia (SSTS 20-marzo-1997 Ar. 2.593, 30-mayo-1996 Ar. 4.709 y 30-septiembre-1992 Ar. 6.828). En consecuencia y habida cuenta de que nuestra competencia (lo hemos destacado en diversas ocasiones: así, las sentencias de 9-junio-92 R. 2.541/91, 25-junio-92 R. 1.895/91, 27-marzo-98 R. 2.271/95 y 3-julio-98 R. 4.633/95), no se extiende a las operaciones matemáticas y los cálculos contables, que no son misión propia del tribunal, sino que las ciertamente complejas han de ser objeto de la correspondiente prueba pericial a valorar por los organismos jurisdiccionales, y las que revistan una mayor elementalidad han de ser realizadas por la parte y meramente comprobadas por la sala,

Fallamos

Que acogiendo parcialmente el recurso, revocamos la sentencia que con fecha 12-julio-1996 ha sido dictada en autos procedentes del Juzgado de lo Social nº uno de los de Ferrol y estimando en parte la demanda que dio origen a las presentes actuaciones, declaramos el derecho de la actora doña A.P.L. a percibir en el periodo reclamado 18-enero-95 a 18-enero-96– el salario correspondiente a la categoría profesional de Técnico Especialista en Jardín de Infancia, y condenamos a la demandada CONSELLERÍA DE FAMILIA, MULLER E XUVENTUDE DE LA XUNTA DE GALICIA a estar y pasar por la presente declaración y a que le abone las diferencias entre la remuneración percibida y la propia de aquella categoría.

2886 RECURSO N° 0276/00

S. S.

IMPROCEDENCIA DE DEMANDA SOBRE REVISIÓN DE CONTRATO, DADA A INEXISTENCIA DE INCUMPLIMENTO CONTRACTUAL DO EMPRESARIO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Manuel Domínguez López

A Coruña, a dieciocho de febrero de dos mil.
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 0276/00, interpuesto por el letrado don R.H.M., en nombre y representación de don A.M.A.M., don A.C.B., don M.C.R., don M.R.F., don P.P.D., don R.M.B. y don J.F.M., contra sentencia del Juzgado de lo Social nº uno de los de Vigo.

Antecedentes De Hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 632/99 se presentó demanda por don A.M.A.M., don A.C.B., don M.C.R., don M.R.F., don P.P.D., don R.M.B. y don J.F.M., sobre rescisión de contrato, frente a las empresas “V.I.M., S.A.” y “P.V., S.A.”. En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha siete de diciembre de 1999 por el Juzgado de referencia, que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “Primero.- Para la empresa “V.I.M., S.A.”, dedicada a la actividad de concesionario de vehículos (*BMW*), vienen prestando servicios los actores con las siguientes antigüedades, categorías y salarios mensuales prorrateados: don A.M.A.M. desde el 27 de marzo de 1990, como oficial de 2^a y 133.539.- pts., don A.C.B., desde el 29 de mayo de 1990, como peón y 117.931.- pts., don M.C.R., desde el 29 de mayo de 1990, como Oficial de 1^a y 139.537.- pts., don M.R.F., desde el 18 de marzo de 1996, como peón y 113.303.- pts., don P.P.D., desde el 6 de octubre de 1.993, como oficial de 2^a administrativo y 132.757.- pts., don R.M.B., desde el 7 de septiembre de 1993, como peón y 117.930.- pts. y don J.F.M., desde el 6 de mayo de 1996, como ordenanza y 108.625.-

pts. Segundo.- Solicitan los actores la rescisión de su contrato en base a que, según ellos, la empresa les adeuda el salario de octubre y no le da trabajo efectivo, y que está retirando material de la empresa.- Tercero.- La empresa abonó a los actores el salario de octubre a principios de noviembre, dentro del plazo habitual en la empresa. Asimismo, abonó las cuotas a la Seguridad Social al menos hasta el mes de septiembre inclusive.- Cuarto.- El día 20 de mayo del presente año, "BMW I., S.A." remitió escrito a la demandada "V., S.A." comunicándole que rescindía el contrato de concesión de forma inmediata y asimismo publicó diversos anuncios en la prensa local poniendo tal circunstancia en conocimiento de los usuarios para que se dirigiesen a otros concesionarios en Galicia. A raíz de esta circunstancia "V., S.A." empezó de forma paulatina a tener menos trabajo, si bien aún en los meses de octubre y noviembre tuvo actividad que se tradujo en: ventas de recambios por importe de 8.570.790 pesetas en octubre de las que 5.846.121 pesetas fueron destinados al propio taller y 9.064.990 en noviembre, de las que 2.620.721 fueron al propio taller; en octubre entraron en taller para cambios de aceite, pequeñas reparaciones, etc. 219 vehículos y en noviembre 125, habiéndose facturado por tal concepto 640'49 horas en octubre y 225'36 en noviembre. En tales meses los actores tuvieron el siguiente trabajo: don P. es el encargado de recibir los vehículos, don R. es encargado de recambios, don J. estuvo de vacaciones en noviembre, don A.M. es mecánico electricista y se dedicó a cambiar aceite a los vehículos por falta de otra actividad, don A. está en lavado y viene lavando 3 ó 4 coches por semana y limpia su sección y el taller cuando antes lavaba más coches y sólo limpiaba su sección, don M. es mecánico y tiene menos trabajo desde que la empresa perdió la concesión pero todos los días tiene algo de trabajo y don M.C. es pintor y realizó algún trabajo en noviembre, pero poco.- Quinto.- El día 11 de noviembre la empresa "V., S.A." dirigió carta a todos sus empleados comunicándoles que se le había anulado el contrato de concesión por parte de "BMW I., S.A.", y ello dejaba a la empresa prácticamente sin actividad, por lo que iba plantear expediente de regulación de empleo para extinguir los contratos de trabajo por causas económicas y de producción y que ese día empezaba el período de consultas. El mismo día presentó escrito ante la delegación provincial de la *Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais* instando la incoación del correspondiente expediente de regulación de empleo. El día 22 de noviembre se celebró reunión de la dirección de la empresa con todos los trabajadores, salvo 4 que estaban ausentes, con el siguiente resultado: aprobación de la extinción de los contratos: 10 votos a favor

y 3 abstenciones, no aprobación: 5 votos a favor que fueron de 5 de los demandantes, no estando presentes los otros 2: don J.F. y don M.R., ambos de vacaciones. El período de consultas terminó el día 29 y no consta aún resolución de la autoridad laboral.- Sexto.- Presentada por los actores papeleta de conciliación ante el S.M.A.C. el día 4 de noviembre, instando la resolución de sus contratos de trabajo, la misma tuvo lugar en fecha 12 con resultado de sin efecto. Séptimo.- "V., S.A." fue constituida mediante escritura público otorgada en fecha 21 de diciembre de 1984 por don M.P.A., doña M.P.P.E., don R.P.E. y don J.A.P.E., con domicilio en Vigo, c/..., capital de 2'5 millones de pesetas, dividido en 2.500 acciones de 1.000 pesetas cada una, suscritas 1.000 por don M., 750 por don R. y 375 cada uno de los otros dos socios, siendo nombrado presidente don M., secretario, don J.A.; su objeto es la venta, reparación, alquiler, guardería, lavado y engrase de vehículos, así como la venta de recambios y accesorios. El 13 de octubre de 1998 se otorgó escritura por la que cesó el consejo de administración y fueron nombrados miembros del mismo los 4 socios y doña M.P.E.M. y don M.P.E., siendo designados: presidente: don M.P.A., vicepresidente: doña M.P.E.M., secretaria: doña M.P.P.E., y los otros 3: vocales. La codemandada "P.V., S.A." fue constituida mediante escritura pública otorgada el 20 de noviembre de 1987 por don M.P.A., doña M.P.P.E., don R.P.E. y don J.A.P.E., con un capital de 10 millones de pesetas dividido en 1.000 acciones de 10.000 pesetas cada una que fue suscrito: 400 por el primero, 150 por doña M.P. y don J.A. y 300 don R.; fueron nombrados presidente: don M., secretario: don J.A., vocales: los otros dos socios, y consejero delegado: don R.; su domicilio se fijó en Vigo...., y su objeto es la gestión inmobiliaria en general; por escritura de 13 de febrero de 1998 cesó el consejo de administración y los 4 socios fueron reelegidos miembros del consejo de administración con los siguientes cargos: presidente: don M., secretario: don R. y vocales los otros dos socios.- Octavo.- Por auto de fecha 15 de noviembre se decretó el embargo preventivo de bienes de las demandadas, que se llevó a cabo el día 19, procediéndose al embargo de los bienes relacionados en la diligencia efectuada este último día".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO.- Que desestimando la demanda de rescisión de contrato interpuesta por don A.M.A.M., don A.C.B., don M.C.R., don M.R.F., don P.P.D., don R.M.B. y don J.F.M. contra las empresas "V.I.M., S.A." y "P.V., S.A.", debo absolver y absuelvo a éstas de las pretensiones contra ellas deducidas. Acuerdo dejar sin efecto el embargo preventivo de bienes de las demandadas acordado mediante Auto de fecha 15 de

noviembre y llevado a cabo mediante diligencia de fecha 19 de noviembre, debiendo procederse a alzar dicho embargo una vez que la presente sentencia sea firme y en caso de ser confirmada de ser recurrida.- Notifíquese... etc.”.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, que fue 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 demandas de rescisión de contrato de trabajo, solicitando la revocación de la misma y estimación de sus pretensiones, para lo cual, al amparo del art. 191.b) LPL, solicitan la revisión del relato histórico de dicha resolución al objeto de que se adicione: A) un ordinal (9) cuya redacción sería “La sociedad “V.I.M., S.A.” de Vigo ha dejado de pertenecer a la Red de concesionarios oficiales de “BMW I.”. Para cualquier servicio que precise puede dirigirse a los concesionarios oficiales de Galicia”, cita en apoyo de tal pretensión el documento obrante al folio 60 de los autos. No se admite dicha modificación por intranscendente ya que la existencia de tal anuncio aparece recogida en el hecho cuarto de la resolución recurrida. B) Para adicionar otro hecho declarado probado (10) cuyos términos serían: “se le comunica la decisión de “BMW I., S.A.” de poner fin al mismo. “V.I. S.A.” no dispone de la capacidad ni la credibilidad financiera para desarrollar de forma adecuada sus obligaciones”. Grave incumplimiento de las obligaciones de pago contraídas con “BMW F.I. EFC., S.A.”, retraso en la entrega de vehículos a los clientes y la retención de vehículos nuevos en las instalaciones de BMW que conlleva un des prestigio para la marca”. “Procedan a cesar el uso de los signos distintivos de BMW”. Dar cumplimiento a las disposiciones contractuales para los supuestos de extinción del contrato”. Se cita en apoyo de tal pretensión el documento obrante a los folios 215 y 216 de los autos, consistentes en carta de extinción de la contrata entre la demandada y “BMW I., S.A.”. No se admite la adición postulada por cuanto el hecho de la rescisión de la concesión resulta indiscutido entre las partes, aceptado y referenciado por el juzgador de instancia en el relato de probados, hecho declarado probado cuarto, por lo que la extracción de expresiones de dicha carta para referenciarlas en el relato histórico carece de viabilidad alguna. C) Para que se adicione un ordinal nuevo (11) del siguiente tenor “...caída en picado de las ventas por la rescisión del contrato de la concesión de BMW. Facturación período mayo a noviembre 98: 7641.027.000 ptas.; período mayo noviembre

99: 539.576. 000 ptas.; febrero a mayo 99: 374.961.000 ptas.; agosto a noviembre 196.273.000 ptas.; -178.688.000 ptas. en los últimos cuatro meses antes del cierre de “VEINSA”. Ventas vehículos nuevos BMW enero a mayo 99 88 unidades. enero septiembre 9 unidades”. Cita en apoyo de su pretensión revisora los documentos obrantes a los folios 218 y 219 de los autos. Se admite la adición que se propone si bien con las correcciones relativas al último periodo de ventas que será junio a noviembre y el signo negativo del importe de los últimos meses de facturación, adición que constituirá el ordinal noveno de los autos.

SEGUNDO.- En sede jurídica, con amparo en el art. 191.c) LPL, se denuncia infracción por inaplicación o aplicación indebida del art. 50.1.a) y c) LET. El argumento consiste en que los actores son trabajadores cualificados que no se hallan destinados a la realización de sus funciones por falta de trabajo efectivo y limpiando el taller, lo que estiman que constituye modificación substancial de sus condiciones de trabajo que redunda en perjuicio de su formación profesional y menoscabo de su dignidad por lo que se solicita la estimación del recurso y de la demanda rectora de los autos. El recurso ha sido impugnado por la demandada. Para la resolución del litigio se ha de partir de los siguientes extremos: a) que las categorías profesionales de los actores son de oficial 2º, A.M., peón A., M.R., y R.; ordenanza J. ; oficial 1º M.C., y oficial 2º administrativo P. (HP 1º); b) que la demandada pierde el contrato de concesión de vehículos BMW en mayo 99; c) que la demandada ha abonado a los actores sus retribuciones hasta octubre 99 incluido; d) que los actores han tenido ocupación efectiva hasta mayo 99 sin contratiempo alguno siendo a partir de dicha mensualidad cuando con motivo de la rescisión de la concesión disminuye el trabajo no obstante se mantuvo la actividad con ventas de vehículos (9) y recambios, así como actividad en el taller en el que entraron para reparaciones 219 vehículos en octubre y 125 en noviembre, habiendo tenido todos los actores ocupación, salvo los que estuvieron de vacaciones en noviembre, siendo el que menos trabajo tuvo M.C. que es pintor y el mecánico electricista, A.M., que se dedicó a cambios de aceite; e) que la empresa instó expediente de regulación de empleo el 11.11.99 para la extinción de los contratos de trabajo de la plantilla, cuyo resultado no consta; f) que la demanda de rescisión de los contratos de los actores es del mes de 5 de noviembre 99 en la que se invoca como causa de la rescisión el impago de salarios de octubre 99 y falta de ocupación efectiva. Establecido lo anterior la demanda rectora de los autos tiene dos pilares claros: a) impago de salarios del mes de octubre (art. 50.1.b) LET; y, b) falta de ocupación efectiva a los actores art. 50.1.c) LET; se efectúa

esta matización por cuanto así aparece redactada la demanda en sus hechos tercero y quinto de la misma, habiéndose pronunciado el juzgador de instancia sobre tales extremos en sentido desestimatorio especificando en su fundamentación jurídica precisamente el segundo de los preceptos citados, pretenden los recurrentes imponer en esta alzada un giro a su acción cual es el tratar de llevar la cuestión a modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo que redundan en perjuicio de su formación, por lo que se invoca como vulnerado el art. 50.1.a) LET y esta invocación constituye una cuestión nueva ya que las modificaciones sustanciales que redundan en perjuicio de la formación del trabajador y que pueden justificar la rescisión del contrato a instancias del mismo, han de ser las relacionadas en el art. 41.1 LET, esto es las modificaciones referidas a jornada, horario, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración... etc., y ni en demanda ni en acto de juicio se invocó por los demandantes alguna de dichas circunstancias, por lo que en principio tal alegación debe ser desestimada. No obstante y a mayor abundamiento, dadas las categorías profesionales de los actores y acreditado que han seguido trabajando en la empresa, aunque con menor volumen de ocupación, en sus respectivas funciones (pues el mecánico electricista que realiza cambios de aceite, tal actividad no queda fuera de su categoría profesional) no cabe apreciar ninguna modificación substancial que implique perjuicio para su formación profesional o menoscabo de su dignidad, por lo que no vulnera la resolución recurrida el art. 50.1.a) LET rechazándose el motivo propuesto. En cuanto a la causa invocada de falta de pago, no solo no es cierta, pues el salario cuya falta de pago se invoca, Octubre 99, les fue abonado a principios de noviembre 99 "dentro del plazo que es habitual en la empresa" –declara probado el juzgador de instancia y no se ataca-, sino que además tal falta de pago en ningún caso podría ser calificada de incumplimiento contractual grave y culpable con entidad suficiente para justificar la extinción del contrato de trabajo como pretenden los actores, siendo reiterada la doctrina que exige que al menos existan pendientes de pago varias mensualidades o de tratarse de impagos parciales que el montante total impagado sea una cantidad importante, de tal manera que en uno u otro supuesto quede patentizada la voluntad empresarial de incumplir la primera de sus obligaciones, la de retribuir el trabajo recibido desconociendo el derecho de los trabajadores al percibo puntual de su salario (art. 4.2.f) LET) circunstancias que no concurren en el presente supuesto. Por último y aunque ahora ya no se menciona, la falta de ocupación efectiva como causa de extinción del contrato de trabajo a instancias del trabajador, como vulneración

empresarial de art. 4.2.a) LET, exige que tal falta de ocupación sea grave no siendo suficiente para justificar la extinción del contrato la existencia de breves espacios de tiempo sin ocupación del trabajador o cuando tales faltas de ocupación carecen de culpabilidad en el empleador por no responder a una intención de perjudicar al trabajador, gravedad que en el presente supuesto no concurre pues la patronal ha mantenido abiertas al público sus instalaciones, liquidando existencias de su almacén, vendiendo vehículos y reparando los que solicitaron sus servicios, consecuentemente si bien existió una clara disminución de la carga de trabajo en la empresa, derivada de la extinción de la contrata de concesión, la demandada ha actuado con corrección y prontitud frente a tal situación tramitando el oportuno expediente de regulación de empleo cuando la liquidación de la actividad se acerca a su fin por ello no concurre en su conducta causa alguna que justifique la extinción de los contratos de los actores por su voluntad, por lo que la resolución recurrida ha de ser confirmada en su integridad. En similar sentido se pronuncian STSJ de Valencia 30.01.96 y 28.04.95 y STSJ de Cataluña 18.01.93.

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

Fallamos

Que desestimamos el recurso de suplicación formulado por el letrado Sr. H.M., en nombre y representación de los actores, contra la sentencia dictada el 07.12.99 por el Juzgado de lo Social nº 1 de Vigo en autos nº 632-99 sobre rescisión de contrato, seguidos a instancias de A.M.A.M., A.C.B., M.C.R., M.R.F., P.P.D., R.M.B. y J.F.M., contra "V.I.M., S.A." y contra "P.V., S.A.", resolución que se mantiene en su integridad.

2887 RECURSO N° 378/00

S. S.

INEXISTENCIA DE TRANGRESIÓN DA BOA FE CONTRACTUAL, DETERMINANTE DA IMPROCEDENCIA DO DESPEDIMENTO OCORRIDO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Manuel Mariño Cotelo

A Coruña, a veintiuno de febrero de dos mil.
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 378/2000 interpuesto por la empresa “S.C., S.A.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. tres de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 751/99 se presentó demanda por doña J.C.M.L. en reclamación de despido siendo demandado el “S.C., S.A.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 29 de noviembre de 1999 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 presta servicios para la demandada desde el 1 de octubre de 1974, con la categoría profesional de auxiliar de caja y percibiendo un salario mensual prorratoeado de 96.000 ptas. mensuales. Es miembro del Comité de Empresa./**SEGUNDO.**- Con fecha 3 de agosto de 1999 se le notifica el inicio de expediente disciplinario, finalizado el 27 de agosto de 1999 por carta de despido en base a los hechos que en la misma se recogen./**TERCERO.**- De los hechos imputados a la actora han quedado probados los siguientes: En relación a los del día 21 de julio, un miembro de la empresa “L.S.” adquirió unos productos en el supermercado donde presta servicios la actora por importe de 1289 pts. Esta a la hora de cobrar pasó los productos por el scanner de la caja registradora, y anuló la operación emitiendo un ticket que refleja **TRANSACCION ANULADA**. Seguidamente otro miembro de la empresa citada adquirió artículos por valor de 653 pts. que la actora tico, y seguidamente un tercer miembro adquirió dos artículos por valor de 648 pts. que pagó y la actora tico, y seguidamente otro artículo por valor de 415 pts, compra de la que la actora hizo la operación de transacción anulada. El día 20 de julio se repiten las operaciones, adquiriendo productos por importe de 1.443 pts, y llevando a cabo la actora la operación de transacción anulada. El día 21 de julio se repiten las operaciones, adquiriendo productos por importe de 1.609 pts y efectuando la actora la operación de transacción anulada, lo que igualmente sucedió el día 26 de julio. **CUARTO.**- Verificados los días señalados los rollos de caja, se comprueba que en los mismos constan las operaciones señaladas como transacciones anuladas. Al realizar cuadre final de caja en cada uno de los días se comprobó un saldo negativo de 534 pts, 526 pts, 311 pts y 199 pts en cada uno de los días señalados. No ha quedado suficientemente probado que el personal de LODGE haya abonado las compras anuladas ni que los productos señalados hayan sido

retirados por aquellos. **QUINTO.**- Se acordó para mejor proveer la práctica de diligencia judicial consistente en la comprobación en el centro de trabajo de la posibilidad o no de realización de la operaciones señaladas. Se comprobó que para poder efectuar la operación de transacción anulada se ha debido emitir previamente el ticket de compra, por cuanto la caja no permite dicha operación, al margen de que el cliente se lleve o no dicho ticket. Dicha compra, que aparece como anulada no se integra en el dinero de caja. **SEXTO.**- La empresa “L.S.” se dedica a estudios de mercado y control de calidad. **SÉPTIMO.**- Se celebró acto conciliatorio previo sin avenencia”. **TERCERO.**- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “**Fallo:** Que estimando la demanda formulada por doña J.C.M.L., declaro la improcedencia de su despido, y condeno a la empresa, “S.C., S.A.” que a elección de la actora dada su condición de representante sindical, a readmitirla en su puesto y condiciones de trabajo, que ha de efectuarse en el plazo de cinco días, o lo indemnice con la cantidad de tres millones quinientas ochenta y seis mil quinientas ochenta y seis pesetas (3.586.586 pts.), con abono en todo caso de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de notificación de esta sentencia, y que hasta la fecha ascienden a la cantidad de 294.400 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 pase de los mismos al ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Contra la sentencia de instancia, que estimando la demanda interpuesta por J.C.M.L. declaró la improcedencia de su despido y condenó a la empresa “S.C., S.A.” a que a elección de la actora dada su condición de representante sindical a readmitirla en su puesto y condiciones de trabajo, a efectuar en el plazo de cinco días o la indemnizce con la cantidad de 3.586.586 pesetas con abono en todo caso de los salarios de tramitación, se alza en suplicación la parte demandada, articulando su recurso en base a dos motivos, en el primero de los cuales con amparo procesal en el artículo 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral, pretende la revisión del hecho probado cuarto de la sentencia de instancia y en el segundo, con la cobertura procesal del artículo 191.c) de la propia Ley de Procedimiento Laboral, denuncia, en sede jurídica, la infracción del artículo 54.d) del Estatuto de los Trabajadores.

SEGUNDO.- En relación con la pretendida modificación del relato histórico de la resolución de instancia, cabe establecer que como tiene

declarado reiteradamente este tribunal, la flexibilización en el formalismo exigible para interponer el recurso de suplicación, no puede llevar a una impugnación abierta y libre ya que ello atentaría contra la seguridad jurídica y situaría a la parte recurrida en manifiesta indefensión, siendo así que, a tenor de reiterada jurisprudencia, de ociosa cita, el recurso de suplicación, por su naturaleza extraordinaria, no permite una nueva valoración de la prueba practicada como si de una segunda instancia se tratara, ni la parte interesada puede conseguir modificar los hechos probados si no es por el cauce y con los requisitos legales exigidos por el artículo 190 (hoy 191.b)) de la Ley de Procedimiento Laboral y ello siempre que las pruebas documentales y periciales practicadas pongan de manifiesto un error inequívoco y evidente del juzgador, es decir, que se desprenda de un modo claro y concluyente sin necesidad de acudir a conjeturas o hipótesis más o menos razonables o lógicas, sin que pueda desdeñarse el hecho de que tampoco es admisible que la parte intente sustituir con su interesado parecer el siempre más objetivo criterio del juzgador, siendo así que, en el presente supuesto la parte demandada no apoya su pretensión revisoria en prueba documental o pericial, únicas hábiles al efecto, llevando a cabo una serie de disquisiciones y conjeturas en orden a lo que, para dicha parte, debe extraerse del resultado de la testifical, en concreto la rendida por el personal al servicio de la entidad “L.S.”, cuyos informes obran en el expediente disciplinario que se le instruyó a la actora, debiendo destacarse que en todo caso el propio informe no sería sino “prueba testifical documentada” y por ende, sin virtualidad a efectos de la modificación del relato histórico en base a ellos, de manera que lo que se desprende del motivo primero del recurso es la pretensión de la entidad demandada de que se sustituya la tesis argumental del Juzgador de instancia por la suya propia, lo que no deviene procedente en atención a lo antedicho, sin que la pretendida contradicción que dice existente entre el hecho cuarto y los precedentes ordinales de la resultancia fáctica de la resolución “a quo”, por más que no constatada, constituya bagaje asaz para el éxito de sus pretensiones, pues aún cuando el juez utilice, en el ordinal tercero, el verbo “adquirir” para referirse a la actuación del personal de “L.S.”, el contexto del propio ordinal y de los siguientes, revela que la tesis argumental del juzgador es, en todo momento, proclive a la consideración de que no se produjo el abono de los productos y por ende que no hubo apropiación por parte de la trabajadora, habiendo hecho uso, el referido juez “a quo” de las facultades que en orden a la valoración e interpretación de la prueba le confiere el artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, en consecuencia, ha de

rechazarse la pretensión de la mercantil demandada relativa a la modificación del ordinal cuarto de los que constituyen el relato histórico de la sentencia de instancia.

TERCERO.- En lo atinente a la censura jurídica a que se contrae el motivo segundo del recurso, en el que se denuncia la infracción del artículo 54.d) del Estatuto de los Trabajadores, la misma suerte desestimatoria ha de acompañar a lo postulado por la empresa interpelada y es que, inalterado el relato fáctico de la resolución de instancia, tampoco existe base para apreciar un despido procedente por transgresión de la buena fe contractual o abuso de confianza en el desempeño del trabajo, pues no ha quedado debidamente acreditado el abono de los productos ni la retirada de estos por parte de las personas al servicio de la entidad “L.S.” y por ende tampoco se ha constatado que la demandante se hubiese apropiado de cantidad alguna de dinero, por cuanto su certeza no resulta ni del relato fáctico ni de la fundamentación jurídica de la resolución recurrida, como refleja el fundamento jurídico tercero de la sentencia “a quo” siendo así que “es evidente que la actividad probatoria debió ser más amplia por parte de la empresa porque si ya el día del juicio los hechos imputados ofrecieron serias dudas al juzgador, a la vista de la prueba en su conjunto, todavía estas se acrecientan”, esto es, de lo aseverado por el magistrado de instancia es dado colegir que no existe actividad probatoria asaz para adverar la existencia de actuación irregular por parte de la trabajadora que justificase el pretendido incumplimiento contractual grave y culpable del artículo 54.d) del Estatuto de los Trabajadores que le imputa la contraparte, poniendo de manifiesto, por un lado, la penuria probatoria desarrollada por la empresa en el acto de juicio y, por otra, contrastando y apreciando razonadamente el resultado de las distintas pruebas practicadas bajo los principios de oralidad, inmediación y contradicción, a tenor del antes citado artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, en concreto, la testifical propuesta por la empresa y del reconocimiento judicial efectuado, en sede de diligencias para mejor proveer, en el centro de trabajo, de las que ha extraído unos elementos de convicción que desvirtúan las manifestaciones de la empresa, por lo que ha de concluirse que la decisión jurisdiccional de instancia de declarar el despido improcedente, con las consecuencias previstas en el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, debe reputarse correcta y ajustada a derecho al no existir apoyatura asaz para sustituir su objetivo e imparcial criterio por el mas subjetivo e interesado de la parte demandada.

CUARTO.- Las costas del presente recurso, incluyendo en concepto de honorarios del letrado de la actora impugnante la suma de 25.000 pesetas, han de ser impuestas a la empresa

recurrente, ex artículo 233 de la Ley de Procedimiento Laboral.

Fallamos

Desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la demandada "S.C., S.A." contra la sentencia de fecha 29 de noviembre de 1999, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de esta ciudad, en los autos nº 751/99 sobre despido, tramitados a instancia de J.C.M.L., confirmamos dicha resolución de instancia, con imposición a la empresa recurrente de las costas causadas en el recurso, incluyendo la cantidad de 25.000 ptas. en concepto de honorarios del letrado de la parte impugnante. Ha de darse a los depósitos constituidos el destino legal.

2888 RECURSO N° 452/99

S. S.

SECUENCIA DE CONTRATOS TEMPORAIS CON SOLUCIÓNS DE CONTINUIDADE SUPERIORES Ó PRAZO DE CADUCIDADE DA ACCIÓN POR DESPEDIMENTO, EN PREITO POR DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE.

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

A Coruña, a veintitrés de febrero de dos mil.
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 5.452/99 interpuesto por M.L.D.V. y E.I.V. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. tres de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por A.C.F. en reclamación de rescisión de contrato y despido siendo demandado M.L.D.V. y E.I.V. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 224/99 y 405/99 y 405/99 acumulados sentencia con fecha veintitrés de junio de mil novecientos noventa y nueve por el juzgado de referencia que desestimó la demanda de rescisión de contrato y estimó la de despido.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes:
"PRIMERO.- Probado que la actora viene trabajando desde el 12 de febrero de 1990 a 12 de febrero de 1993, primero para don E.I.V. y desde el 15 de marzo de 1993 para doña M.L.D.V., dedicada a la actividad de comercio textil, ostentando la categoría profesional de encargada de establecimiento, percibiendo un salario mensual de cotización de 156.149 pesetas; además percibe una comisión del 1% mensual sobre las ventas hasta dos millones de pesetas y el 3% sobre lo que sobrepase de dicha cifra. E.I.V. y M.L.D.V. son matrimonio y las diversas tiendas de las que son titulares y en la que prestó servicios la actora, pertenecen a la sociedad de gananciales./ SEGUNDO.- La actora estuvo de baja por incapacidad temporal desde el 28 de agosto de 1998; permaneciendo en dicha situación hasta el día 23 de febrero de 1999, en que fue dada de alta./ TERCERO.- Entre las tareas que realizaba la actora como encargada de la tienda que la parte demandante tiene en la c/... de A Coruña, eran la de abrir y cerrar la tienda, hacer escaparates, cobrar, hacer caja, colocar y ordenar la mercancía, dar instrucciones a los demás empleados de la tienda./ CUARTO.- A partir de febrero de 1999 la empresa demandada nombró a M.M.C.M. encargada de hacer o montar los escaparates de todas las tiendas que tiene la empresa demandada; así mismo designó a S.D.O. como cajera de la tienda en la que prestaba sus servicios la demandante./ QUINTO.- La demandante no ostenta cargo sindical alguno./ SEXTO.- En fecha 16.03.99 se celebró sin avvenencia acto de conciliación ante el SMAC./ SÉPTIMO.- Con fecha 12.04.99 la demandante recibe comunicación escrita la que literalmente dice: "M.L.D.V. Sra. doña A.C.F. C/... Ourense. Vila de Cruces, 09.04.99. Muy Sra. Mía: En los últimos meses se están produciendo una serie de incidentes en nuestro establecimiento de la c/... de A Coruña, del que Vd. es encargada, de todo punto inadmisibles, creando con su conducta un absoluto desconcierto en sus compañeras de trabajo y una falta de atención a los clientes, al no realizar Vd. ninguna de las tareas que tiene encomendadas, ausentándose del trabajo y provocando serios conflictos, que han determinado enfrentamiento con las demás trabajadoras, que reiteradamente han expresado sus quejas a esta dirección ante las numerosas irregularidades por Vd. cometidas. Así: El día 24 de febrero a media mañana manifestó que se marchaba de compras, no regresando hasta pasados 30 minutos. Esta situación se repitió en días sucesivos, llegando el día 04 de marzo a hacer lo mismo en jornada de tarde, ausentándose a las 19,15 horas y no regresando hasta las 20,30 horas. El día 06 de marzo apareció a las 10,45 horas, manifestando que venía de la peluquería y

a media mañana, con abrigo y bolso puestos, atendió a unas clientes, marchándose a las 13,20 horas. El día 11, al producirse una inundación en el escaparate y mientras sus compañeras intentaban retirar las prendas para que no se vieran afectadas, se negó Vd. –como era su obligación- a informar del suceso a la central. El día 15 se ausentó a las 11,30 de la mañana, indicando que iba al médico y ya no regresó, y en la jornada de tarde hizo lo mismo a las 17,00 horas, regresando a las 19,30 horas. El día 17 de marzo se pasó la mañana tomando el sol en el escaparate y los días 18 y 20 del mismo mes no se presentó en el centro de trabajo. El día 22 se negó a colaborar en recuento de mercancías. Al día siguiente salió a las 16,55 horas y no regresó hasta las 17,40 horas. El 24 de marzo volvió a manifestar que la operación de recuento no era de su competencia, y se limitó a recomptar perchas. El día 27 salió a las 10,10 horas y no regresó hasta las 10,40 horas y el día 29 de marzo apareció en la tienda a las 10,15 horas y en jornada de tarde salió a las 17,55, no apareciendo hasta las 18,30 horas. Estas actuaciones no sólo han deteriorado el buen clima de trabajo que existía en el centro, sino que, al persistir en las mismas, a pesar de las observaciones de las otras trabajadoras, provocando hechos lamentables como los anteriormente reseñados o los de bailar y cantar incluso con clientes delante, abandonar el centro de trabajo sin previo aviso, etc., demuestran una conducta de continua transgresión a sus obligaciones y responsabilidades, que nos obligan a tomar la determinación de prescindir de sus servicios al amparo de lo establecido en el art. 54, apartados a), b), d) y e), del Estatuto de los Trabajadores. Dicho despido tendrá efectos del próximo lunes, día 12, fecha en que tendrá a su disposición la liquidación de haberes y la documentación correspondiente. Atentamente. Fdo. M.L.D.V.”./ OCTAVO.- El importe de las ventas en el centro de trabajo de la demandada en el que presta sus servicios la actora sito en la c/... de A Coruña son los siguientes:

Agosto 1996,	6.518.777 pesetas
Septiembre 1996,	3.919.629 pesetas
Octubre 1996,	5.187.254 pesetas
Noviembre 1996,	4.218.799 pesetas
Diciembre 1996,	5.996.968 pesetas
Enero 1997,	7.316.424 pesetas
Febrero 1997,	5.072.149 pesetas
Marzo 1997,	4.316.666 pesetas
Abril 1997,	4.320.055 pesetas
Mayo 1997,	5.002.152 pesetas
Junio 1997,	5.807.368 pesetas
Julio 1997,	7.532.916 pesetas
Agosto 1997,	5.216.870 pesetas
Septiembre 1997,	3.605.960 pesetas
Octubre 1997,	3.33.369 pesetas(sic)
Noviembre 1997,	3.026.202 pesetas
Diciembre 1997,	3.788.007 pesetas

Enero 1998,	5.522.410 pesetas
Febrero 1998,	4.203.822 pesetas
Marzo 1998,	3.254.149 pesetas
Abril 1998,	2.610.206 pesetas
Mayo 1998,	4.388.128 pesetas
Junio 1998,	5.374.063 pesetas
Julio 1998,	7.758.610 pesetas./

NOVENO.- La demandante acudió a consulta médica los días siguientes: 11.03.99, 12.03.99, 15.03.99 y 18.03.99./ DÉCIMO.- Con fecha 13.05.99 se celebró sin avenencia acto de conciliación ante el SMAC”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que debo desestimar y desestimo la demanda de rescisión de contrato formulada por A.C.F., absolviendo a la demandada “M.L.D.V.” Y “E.I.V.” de las pretensiones de la misma; así mismo ESTIMANDO la demanda de despido formulada por la demandante debo declarar y declaro la improcedencia del despido realizado por la demandada con efectos de 12 de abril de 1999; en consecuencia de tal declaración, DEBO CONDENAR Y CONDENO a la demandada a que a su opción y en el plazo de cinco días, readmita a la actora en las mismas condiciones laborales que regían antes de producirse el despido o que le indemnice en la cantidad de 3.613.087 pesetas, con abono en ambos casos de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente sentencia a razón de 8.759 pesetas/día”.

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 desestima la demanda de rescisión de contrato, y acogiendo la acumulada de despido declara éste improcedente y condena a los demandados a que a su opción y en el plazo de cinco días, readmita a la actora en las mismas condiciones laborales que regían antes de producirse el despido, o a que le indemnicen en la cantidad de 3.613.087 ptas., con abono en ambos casos de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la notificación de dicha sentencia a razón de 8.759 ptas. día.

Y contra este pronunciamiento recurren los demandados doña M.L.D.V. y don E.I.V. articulando un primer motivo de recurso, al amparo del art. 191.b) de la LPL, en el que interesan que el hecho probado primero quede redactado de la siguiente forma: “La actora comenzó a prestar servicios para la empresa

E.I.V. el 12.02.90, en virtud de contrato de trabajo suscrito al amparo del RD 1.989/89, para la realización de trabajos propios de la categoría profesional de ayte. dependiente, en el centro de trabajo sito en C/... de Ourense. Dicho contrato fue formalizado por una duración inicial de seis meses siendo prorrogado hasta su duración máxima legal, finalizando el mismo el 12.02.93, a cuyo término la trabajadora percibió y firmó la correspondiente liquidación y finiquito. El 15.03.93 la patronal M.L.D.V. contrata a la trabajadora demandante, como dependiente para la realización de tareas propias de dicha categoría en el centro de trabajo que dicha mercantil tiene en C/... Ourense. En 1994, la trabajadora demandante pasa a desempeñar la categoría profesional de encargada de establecimiento. El 15.05.97, ya en calidad de fija de plantilla, la actora se hace cargo del centro de trabajo sito en C/... de A Coruña".

La modificación que se propone ha de ser parcialmente acogida, pues la nueva redacción resulta -con las modificaciones que se dirán- de la documental que se cita obrante en las actuaciones (folios 463, 473 a 518 y 521 a 583), debiendo rechazarse tal revisión en el particular relativo a que la trabajadora -el 12.02.93- percibió y firmó la correspondiente liquidación y finiquito, ya que aunque el contrato de fomento de empleo que suscribió con son E.I.V. finalizó en esa fecha, la hoja de salarios en la que consta la liquidación y finiquito no aparece firmada por la actora. Igualmente, debe mantenerse el salario que la demandante percibía (156.149 ptas. mensuales), mas la comisión del 1% mensual sobre las ventas de hasta dos millones de pesetas, y del 3% sobre lo que sobrepasase dicha cifra, ascendiendo tales comisiones a la cantidad de 106.614 ptas. mensuales, tal como se concreta -aunque con valor de hecho probado- en la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia, pues en este punto el Juzgador "a quo" ha valorado conjuntamente la prueba testifical practicada con los demás medios probatorios obrantes en las actuaciones, sin que la sala pueda volver a apreciar la fiabilidad o no de dicha prueba testifical, al ser su valoración privativa del magistrado de instancia en base a los principios de oralidad, inmediación y contradicción que rigen en el proceso laboral (arts. 74 y 97.2 LPL). Por otro lado, el hecho octavo en el que consta la relación de ventas durante los dos últimos años, permanece incólume extrayéndose del mismo el promedio mensual de comisiones en los dos últimos años.

Consecuentemente, el hecho probado primero debe entenderse redactado en los siguientes términos: "La actora comenzó a prestar servicios para la empresa E.I.V. el 12.02.90, en virtud de contrato de trabajo suscrito al amparo del RD 1.989/89, para la realización de trabajos propios

de la categoría profesional de ayte. dependiente, en el centro de trabajo sito en C/... de Ourense. Dicho contrato fue formalizado por una duración inicial de seis meses siendo prorrogado hasta su duración máxima legal, finalizando el mismo el 12.02.93. El 15.03.93 la patronal M.L.D.V. contrata a la trabajadora demandante, como dependiente para la realización de tareas propias de dicha categoría en el centro de trabajo que dicha mercantil tiene en C/... Ourense. En 1994, la trabajadora demandante pasa a desempeñar la categoría profesional de encargada de establecimiento. El 15.05.97, ya en calidad de fija de plantilla, la actora se hace cargo del centro de trabajo sito en C/... de A Coruña.

La demandante venía percibiendo un salario mensual de 156.149 ptas., mas la comisión del 1% mensual sobre las ventas de hasta dos millones de pesetas, y del 3% sobre lo que sobrepasase dicha cifra, ascendiendo el promedio de tales comisiones en los dos últimos años a la cantidad de 106.614 ptas. mensuales, e importando su retribución mensual total, incluidas pagas extras, la suma de 262.763 ptas. don E.I.V. y doña M.L.D.V. son matrimonio".

SEGUNDO.- Con idéntica cita procesal, formulan los demandados un segundo motivo de suplicación en el que interesan la sustitución del hecho probado cuarto por la redacción alternativa siguiente: "Las compañeras de la actora, M.M.C.M. y S.D.O. asumieron respectivamente y con anterioridad al reingreso de la actora al trabajo, las labores de diseño y montaje de escaparates y control de caja. En febrero de 1999, producido el reingreso de la actora, la demandada decide continuar con dicho esquema de funcionamiento, manteniendo el poder direccional de la demandante dentro de la tienda". El motivo no resulta acogible, pues la modificación propuesta, aparte de ser irrelevante para la decisión final, se sustenta únicamente en el parte de baja de IT que se cita, del cual para nada se desprende el contenido de la citada modificación.

TERCERO.- Con el mismo amparo procesal interesan los recurrentes la adición de un nuevo hecho probado con el siguiente contenido: "Los hechos figurados en la carta de despido fueron puestos en conocimiento de la empresa por las compañeras de la actora, a medio de carta de fecha 31.03.99".

El motivo tampoco prospera, pues dicha carta no constituye documento hábil a los efectos de revisión (art. 191.b) LPL) en cuanto que su contenido se refiere a simples manifestaciones de otras personas que, a lo sumo, podrían ser valoradas como prueba testifical, pero no como documental apta para la modificación de los hechos declarados probados. Por otro lado, el que los hechos imputados en la carta de despido hayan podido ser o no puestos en conocimiento

de la empleadora por otras compañeras de trabajo, no modifica las normas relativas a la carga de la prueba que imponían a la empresa la obligación de acreditarlos en el acto del juicio.

CUARTO.- El último de los motivos de revisión del relato fáctico interesa asimismo que se recoja como hecho probado lo siguiente: "La demandante no justificó documentalmente ante la empresa que los días 11, 12, 15 y 18 de marzo de 1999 tuvo que acudir a consultas médicas aportando dicha documental acreditativa en el acto del juicio. En la carta de despido no se imputa abandono del puesto de trabajo en los días 11 y 12 de marzo. El justificante correspondiente al día 15 de marzo, sólo palia el abandono del puesto de trabajo en jornada de tarde, permaneciendo injustificada la ausencia de la actora en jornada de mañana.

No consta envío a la empresa de justificante por el abandono del puesto de trabajo durante toda la jornada de los días 18 y 20 de marzo, no detallándose en el recibo correspondiente al día 18, aportado en el acto del juicio, la hora en que la trabajadora acudió a consultas, como tampoco consta entrega de baja médica en ninguna de dichas fechas".

El motivo no puede tener favorable acogida, por cuanto, por un lado, pretende la adición de hechos negativos que no resultan de la documental obrante en autos y, por otro, de dicha documental, obrante a los folios 464 a 470, resulta -de forma positiva- el contenido del hecho probado noveno de la resolución recurrida.

QUINTO.- Ya en sede jurídica sustantiva, al amparo del art. 191.c) de la LPL denuncian los recurrentes infracción de lo establecido en los arts. 54 y 56 del ET, 97 de la LPL, 10 del RD 1.438/85, así como de lo dispuesto en el RD 1.989/84 y demás concordantes, todo ello sobre la base de sostener que el juzgador "a quo", al estimar la demanda de despido, ha incurrido en un error, ya que -a su juicio- ni siquiera fueron cuestionados por la trabajadora los hechos enumerados en la carta de despido, limitándose a presentar cuatro justificantes de asistencia a consultas médicas, cuyo simple examen revela que ni son concordantes con los abandonos de puesto de trabajo que le fueron imputados, ni desvirtúan el resto de las faltas enumeradas, que -además- abarcan un período mucho mayor (del 24/2 al 29/3) al que la actora ha intentado justificar. Asimismo, la indemnización ha sido incorrectamente tasada, no solo por fijarse erróneamente la antigüedad, sino por considerar indebidamente probado que la actora percibía comisiones mensuales sobre ventas.

La censura jurídica que se denuncia no puede prosperar, pues del relato fáctico de la sentencia recurrida se desprende que los hechos imputados a la trabajadora en la carta de despido no han quedado debidamente acreditados. En efecto, por

un lado, consta que la demandante acudió a consulta médica los días 11, 12, 15 y 18 de marzo de 1999, de modo que las ausencias del centro de trabajo que se le atribuyen, relativas a los días 15 y 18 de dicho mes, deben entenderse como justificadas y, por tanto, impeditivas de la posibilidad de apreciar la existencia de un despido procedente fundado en el art. 54.2.a) del ET, sin que tampoco haya quedado debidamente acreditada la ausencia total al trabajo que se le atribuye como ocurrida el día 20 de marzo, según se desprende de la valoración realizada en fundamentación jurídica de la sentencia recurrida. Por otro lado, tampoco los restantes hechos que se describen en la carta de despido -y que hacen referencia a faltas de puntualidad, indisciplina o desobediencia en el trabajo, y a disminución del rendimiento (art. 54.2.b) y e) del ET- han sido debidamente justificados, sin que pueda aceptarse la afirmación de recurso relativa a que ni siquiera fueron cuestionados por la trabajadora, limitándose ésta a presentar cuatro justificantes de asistencia a consultas médicas, pues en su demanda niega tajantemente la veracidad de tales imputaciones, siendo así que es a la empresa demandada a quien incumbía la prueba de los hechos motivadores de su decisión extintiva (art. 1.214 C.c.), sin que esta sala, dado el carácter extraordinario del recurso de suplicación, pueda volver a valorar medios probatorios, como la confesión o testifical, practicados en el acto de juicio de acuerdo con los principios de oralidad, inmediación y contradicción. Consecuentemente, debe mantenerse la calificación del despido como improcedente de acuerdo con lo dispuesto en el art. 55.4 ET, debiendo rechazarse igualmente la alegación relativa al cálculo equivocado de la indemnización por considerar indebidamente probado que la actora percibía comisiones mensuales sobre ventas, ya que rechazada en este punto -según se razonó-, la revisión de hechos probados, y acreditada la existencia de tales comisiones, debe mantenerse también el salario total de 262.763 ptas. mensuales.

SEXTO.- Finalmente, denuncian los demandados en el último motivo de recurso, infracción -por aplicación errónea- del art. 56 del ET, así como de la reiterada doctrina jurisprudencial que citan, por entender que el juzgador de instancia infringió el precepto aludido y la doctrina indicada al calcular la antigüedad de la trabajadora desde la fecha del primer contrato en que trabajó para el empresario E.I.V., en vez de hacerlo desde el 15.03.93 en que inició una relación laboral nueva y distinta para la también demandada doña M.L.D.V., habiendo existido entre ambas solución de continuidad y, en todo caso, mediado un plazo superior al de 20 días, previsto para la caducidad de la acción de despido.

El motivo debe prosperar, pues consta acreditado que el primer contrato suscrito por la actora con don E.I.V., en la modalidad de fomento de empleo prevista en el RD 1.989/84, de 17 de octubre, finalizó el 12.02.93, esto es, al cumplirse el plazo máximo de tres años previsto en el art. 3 del aludido Real Decreto, y desde su finalización hasta la celebración -el 15.03.93- del segundo contrato que la demandante suscribió con la codemandada doña M.L.D.V., esposa del anterior, existió solución de continuidad y transcurrieron mas de 20 días sin que la demandante hubiese impugnado la extinción del anterior contrato o, incluso, reclamado una antigüedad superior a la reconocida en ese segundo contrato.

Por ello, resulta aplicable la reiterada doctrina jurisprudencial (STS, Sala 4^a, de 20 febrero 1997, 21 febrero 1997, 25 marzo 1997, 5 mayo 1997 y 29 de mayo de 1997 (dos sentencias) y 17 marzo 1998), conforme a la cual 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; debiendo atenerse ese control de legalidad exclusivamente al último contrato celebrado cuando entre él y el anterior exista una solución de continuidad superior al plazo de caducidad de la referida acción de despido, supuesto este último que es el que concurre en el caso presente.

En consecuencia, los efectos del despido improcedente han de comportar, en primer término, que la indemnización prevista en el art. 56 del ET deba calcularse tomando como antigüedad de la trabajadora la de 15.03.93, fecha del segundo contrato que suscribió con la codemandada doña M.L.D.V., ascendiendo dicha indemnización -salvo error aritmético- a la cantidad 2.397.263 ptas. Y, en segundo término, que de dicha suma deba responder únicamente la empleadora que despidió doña M.L.D.V., pues aunque ésta sea esposa del codemandado don E.I.V., ambos son empresarios que regentan establecimientos comerciales distintos (teniendo números de empresa también diferentes), de modo que la responsabilidad por las consecuencias legales derivadas de una decisión extintiva empresarial declarada improcedente, y acordada por la esposa respecto de una de sus trabajadoras, ha de ser asumida solo por ella, lo cual es distinto de la eventual responsabilidad, en su caso, de los bienes gananciales del matrimonio de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 1.365. 2º del C.c. y 6 a 12 del C. de co. Procede, por tanto, estimar en parte el recurso y revocar parcialmente la sentencia impugnada en el sentido que se concreta en la parte dispositiva de esta resolución.

Fallamos

Que estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por los demandados doña M.L.D.V. y don E.I.V., contra la sentencia de fecha 23 de junio de 1999 dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Ourense, en los presentes autos acumulados sobre despido y rescisión de contrato, tramitados a instancia de la actora doña A.C.F. frente a los referidos recurrentes, debemos revocar y revocamos parcialmente dicha sentencia, en el sentido de absolver libremente de la demanda de despido al demandado don E.I.V., y de fijar como indemnización por el referido despido improcedente, la cantidad de 2.397.263 ptas., a abonar a la actora, según el sentido de su opción, por la condenada doña M.L.D.V. Y desestimando el recurso en lo demás, confirmamos íntegramente los restantes pronunciamientos que el fallo impugnado contiene.

**2889 RECURSO N°
03/0008947/1996**

S. CA.

**SIMULACIÓN DE CONTRATACIÓN PARA
OBTER FRAUDULENTAMENTE
PRESTACIONES POR DESEMPREGO.**

Ponente: Ilmo. Sr. Don Francisco Javier D'Amorín Vieitez

En la Ciudad de A Coruña, veinticinco de febrero de dos mil.

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 03/0008947/1996, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por S.E.O., con D.N.I... domiciliado en... (Corcubión (A Coruña)), representado y dirigido por el letrado don C.C.M., contra Resolución de 26.06.96 desestimatoria de r. ordinario contra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña confirmando Acta de Infracción nº 80/95 por obtención indebida de prestaciones desempleo (Expte. 1.792/96). Es parte la Administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD

SOCIAL, representada por el ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es indeterminada.

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 15 de febrero de 2000, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I.- A través del primer motivo de impugnación que esgrime el demandante se viene a alegar el instituto de la prescripción, que debe ser rechazada sin mayor esfuerzo dialéctico, por cuanto el demandante apela al plazo de prescripción de dos meses (el previsto en el C. Penal para las faltas) y, subsidiariamente, al plazo de un año, siendo así que conforme a art. 4 de la Ley 8/88, de 7 de abril, de Infracciones y Sanciones del Orden Social, una infracción como la imputada por la resolución recurrida (la tipificada en el art. 30.3.3 de la referida Ley), prescribe a los cinco años, todo lo más, a los tres años, si no la incardinamos en el ámbito de las infracciones en materia de Seguridad Social o de protección por desempleo.

II.- En segundo término, se aduce la caducidad del expediente sancionador con el argumento de que el expediente estuviera paralizado por más de dos meses, referido a dos momentos, uno, entre la fecha de la visita del Controlador al domicilio del demandante (31.03.95) y la de promoción del acta de infracción (06.07.95), el otro, entre la fecha de interposición del recurso ordinario (20.12.95) y la fecha de su resolución (26.06.96).

Una vez más yerra el demandante en cuanto a la consideración de aquel concreto plazo de caducidad (2 meses), pues el plazo de caducidad a considerar es el de seis meses, ya consideremos el régimen jurídico representado por el art. 61 de la LPA de 1958, que aunque no anudaba el efecto propio de la caducidad a la transgresión del mandato de que la tramitación del procedimiento sancionador no debía exceder de 6 meses (desde que se inicia hasta que se dicta resolución sancionadora), o el representado por la Ley 30/92 y su norma de desarrollo, el R.D. 1.398/93, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, o en fin, la normativa específica reguladora del procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones de las leyes sociales, representada por la Ley 8/88, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones de orden social, y el Decreto 1.869/75, de 10 de julio, o en la actualidad, los términos del R.D. 396/96, de 1 de marzo, que aprueba el Reglamento sobre Procedimiento para la imposición de Sanciones por Infracciones en el Orden Social y para la extensión de Actas de Liquidación de Cuotas de la Seguridad Social, que regula en su art. 32.4 la forma en como opera el instituto de la caducidad adaptándola a la regulación de la Ley 30/92, en el sentido de anudarla al momento de inicio del expediente sancionador propiamente dicho, y que no es otro que el de emisión del acta de infracción, al disponer que si no hubiese recaído resolución transcurridos seis meses desde la fecha del acta, teniendo en cuenta las posibles interrupciones de su cómputo por causas imputables a los interesados o por la suspensión del procedimiento a que se refieren los arts. 5.1 y 6.1 de este Reglamento, se iniciará el cómputo del plazo de treinta días establecido en el art. 43.4 de la Ley 30/92, y que transcurrido el plazo de caducidad el órgano competente emitirá, a solicitud del interesado, certificación en la que conste que ha caducado el procedimiento y se ha procedido al archivo de actuaciones.

A la vista de lo razonado, ya se advierte que no es de estimar la caducidad del expediente sancionador en ninguno de los dos tramos temporales a que se refiere el demandante, en el primero, en razón de no haber transcurrido el plazo de 6 meses, a contar, como se dijo, desde la emisión del acta, en el segundo, por cuanto el transcurso del plazo sin haberse dictado la resolución expresa del recurso ordinario, produce otros efectos jurídicos que no son los de la caducidad, siendo más bien aplicable la normativa disciplinadora del silencio administrativo vigente en aquel momento en el ámbito de la revisión de los actos en vía administrativa, y que autorizaba al demandante, bien a interponer el oportuno recurso

jurisdiccional o, como hizo, aguardar al dictado de la resolución expresa desestimatoria de tal recurso.

III.- En cuanto al fondo, aduce el demandante que la imputación de la referida infracción se fundamenta en meras sospechas o conjeturas, apelándose a un fraude de ley, no acreditado por la Administración.

Conviene aludir a los términos del acta: "... efectuada visita el 31.03.95 al domicilio y revisada la documentación aportada... se ha comprobado que don S. (el demandante)... ha firmado contrato el 17.11.94 para realizar trabajos en la obra que la empresa Construcciones... realiza en el polideportivo de... El contrato por obra se registró en la Oficina de Empleo de Zalaeta el 18.11.94 y se dio de alta en el Régimen General con efectos de 17.11.94 pero el 21.11.94, se tramita baja y se certifica al trabajador la terminación de obra. Para esa misma obra fue contrato el 04.05.94 el trabajador don E... actualmente continúa trabajando, por lo que la obra no ha terminado, como se certifica al trabajador mencionado en primer lugar. Con la certificación de fin de obra, don S. solicita la prestación por desempleo, situación que no había podido acreditar al haber causado baja voluntaria en la empresa Edificaciones... con un período de relación laboral comprendido entre el 03.03.93 al 01.11.94. Todo ello, conduce a la existencia de una simulación en la contratación para obtener fraudulentamente la prestación por desempleo. No queda acreditado, por parte de la empresa, la causa y objeto del contrato, ya que, la obra comenzó con anterioridad a la contratación de don S., en mayo/94 y no ha terminado, pues el trabajador contratado por ella continúa prestando servicios. Si el trabajo realizado en los cinco días que permaneció de alta fuera tan especial y cualificado, debería haberse consignado en el contrato, pero ni se especifica, ni existe cualificación profesional por el trabajador. Al ser una duración tan corta, era previsible en el momento de firmar el contrato, por lo que, también debería haberse señalado. Resulta, cuanto menos sorprendente, que después de una relación de más de un año, tarde quince días en encontrar trabajo don S., y que después de cinco días de trabajo, no tenga la misma facilidad para lograrlo, salvo que por la primera relación laboral no tenía derecho a la prestación económica por ser baja voluntaria y que por la segunda sí. Tales hechos suponen incumplimiento al art. 221 y 231. e) del Real Decreto Legislativo 1/94 de 20 de junio por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, y al art. 28.2 del Real Decreto 625/85, de 2 de abril, que desarrolla la Ley 31/84 citada".

Recordando que una cosa es que la presunción de certeza o veracidad a que se refiere el art. 52.2 de la Ley 8/88 no pueda extenderse a las simples, impresiones, deducciones, juicios de valor o calificaciones jurídicas que pueda hacer el funcionario actuante, y otra muy distinta es la idoneidad, como prueba de cargo, de las presunciones o indicios que permita dar por acreditada la concurrencia de los elementos constitutivos de la infracción, no se opone a los principios que rigen en el ámbito del derecho sancionador la circunstancia de que la Administración recurra a la prueba de indicios o presunciones para dar por acreditada la concurrencia de los elementos constitutivos de la infracción, siempre que el indicio/os aparezcan, a su vez, clara y suficientemente acreditados, que presenten cierta pluralidad, que el proceso deductivo o de inferencia sea racional y lógico, y que esa operación deductiva no resulte desvirtuada o de alguna forma tachada por la concurrencia de otras circunstancias de signo exculpatorio (STC 62/94, de 28-II y 133/95, de 25-IX entre otras).

Pues bien, en el presente caso, todos aquellos datos que recoge el acta, que hacen referencia a la singular clase de contrato de trabajo por la que el demandante accede a la relación laboral, fugaz duración de la misma, incertezza de la causa determinante del cese laboral, todo ello unido a una previa relación laboral de mayor duración que finalizara por causas que no daba derecho a la prestación por desempleo, circunstancia que sí propiciaba la segunda e inmediata relación laboral, son indicios que por su carácter probado, y plural, se presentan como adecuados para inferir la existencia de simulación contractual, principal elemento constitutivo de la infracción imputada, al resultar innecesaria la prestación de servicios por aquella concreta persona, existente sólo en el aspecto formal, y que se articuló con la sola finalidad de procurar la percepción de las prestaciones por desempleo, que no se podían obtener con una extinguida relación laboral inmediatamente anterior.

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

Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por S.E.O. contra Resolución de 26.06.96 desestimatoria de r. ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña confirmando Acta de Infracción nº 80/95 por obtención indebida de prestaciones desempleo (Expte. 1.792/96) dictado por MINISTERIO DE

TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. Sin imposición de costas.

2890 RECURSO N° 5.652/96

S. S.

PONENTE: Ilmo. Sr. Don Miguel A. Fernández Otero

A Coruña, a veinticinco de febrero de dos mil.

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. 5.652/96 interpuesto por “C.S., S.A.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. UNO de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por “C.S., S.A.” en reclamación de MEDIDAS DE SEGURIDAD E HIGIENE siendo demandado INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y J.A.D.S.G. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 438/96 sentencia con fecha dieciocho 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: “1º.- El trabajador demandado J.A.D.S.G., nacido el 19 de junio de 1966 y con D.N.I..., figura afiliado al Régimen General de la Seguridad Social con el nº..., habiendo prestado servicios para la empresa “C.S., S.A.”, dedicada a la limpieza de edificios y locales desde el 12.01.93 como limpiador mediante contrato de interinidad suscrito al amparo del R.D. 2.104/84 para sustituir al trabajador A.M.R., en I.L.T., siendo cesado y liquidado el 26.02.94 por fin de contrato. Su salario era de 95.700 pesetas mensuales.- 2º.- el día 02.02.93 el trabajador sufrió un accidente laboral cuando se hallaba subiendo a una escalera metálica de aluminio, doble, para limpiar los cristales de la zona superior de la nave que el Consorcio de la Zona Franca tiene en el Muelle de... Vigo, a unos 5,5 metros del suelo. Otro compañero, J.A.M.M.,

sujetaba la escalera en su base cuando, en un momento dado, en un movimiento brusco el trabajador demandado se inclinó a su derecha y cayó sobre el suelo de cemento, de pie, sufriendo fractura-luxación de astrágalo derecho, de escafoide tarsiano izquierdo y traumatismo lumbar, permaneciendo en I.L.T. e invalidez provisional hasta el 01.12.94 en que, mediante resolución del I.N.S.S. de fecha 12.02.95, le fue reconocida una invalidez permanente total derivada de accidente de trabajo en cuantía del 55% de una base reguladora mensual de 91.806 pesetas con cargo a la Mutua “FREMAP” aseguradora de la empresa demandada, “C.S., S.A.”.- 3º.- Con motivo del accidente, la Inspección de Trabajo giró visita a la nave del Consorcio el 09.03.93 y a los locales de “C.S., S.A.” el 10.03.93, proponiendo sancionar a la empresa por falta grave, en su grado medio, por omisión de medidas de seguridad con una multa de 125.000 pesetas que, tras ser recurrida por la empresa, se dejó finalmente en 51.000 pesetas que la empresa abonó.- 4º.- La Inspección de Trabajo cursó comunicación al I.N.S.S. el 20.03.93 proponiendo imponer a la empresa un recargo del 30% en las prestaciones a abonar al trabajador por faltas de medidas de seguridad, iniciando el I.N.S.S. expediente que, previo informe de la Inspección y oídos la empresa y el trabajador, resolvió el 20.02.96 declarar la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad en el accidente sufrido por el trabajador el 02.02.93 y declarar la procedencia de incrementar en un 30% y con cargo exclusivo a la empresa “C.S., S.A.” las prestaciones de Seguridad Social derivadas de accidente de trabajo correspondientes al trabajador J.A.D.S.G. Notificada la resolución al trabajador y a la empresa, ésta interpuso reclamación previa el 27.03.96 que le fue desestimada por el I.N.S.S. mediante resolución de fecha 07.05.96, presentando demanda la empresa el 06.06.96 contra el trabajador, el I.N.S.S. y la TESORERÍA solicitando la revocación de la resolución del I.N.S.A.- 5º.- La escalera tenía una extensión aproximada de 9 metros extendidos sus 2 tramos, disponía de calzos antideslizantes, peldaños semicirculares de pequeño grosor y plance en su cara superior sin material antideslizante de cobertura de los mismos, sin sujetación en su parte superior, que se apoyaba en una viga de la pared de la nave a unos 5 metros del suelo ni en su parte inferior, donde era sujetada por un trabajador compañero del accidentado. El trabajador iba a limpiar un cristal de 1,5 metros de altura aproximadamente situado encima del mismo. La empresa dispone de cinturón de seguridad pero no los usaban por no tener puntos de anclaje. La altura entre el tubo y el suelo era de 6,5 metros y estaba constituida por pared sólida hasta 5 metros y el resto era zona

acristalada.- 6º.- El trabajador accidentado pesa unos 100 kilos y no consta que tuviese experiencia en limpieza de cristales de edificios”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “**FALLO:** Que desestimando la demanda interpuesta por la empresa “C.S., S.A.” contra el INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO, la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y don J.A.D.S.G., debo absolver y absuelvo a dichos demandados de las pretensiones contra ellos deducidas, manteniendo en consecuencia la resolución del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL recurrida en esta litis”.

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.- Desestimada la demanda, recurre la empresa a través de una inicial revisión fáctica, tendente a la modificación del ordinal quinto del relato histórico en los términos interesados (“los peldaños de la escalera tenían estriado antideslizante”), y en denuncia de infracción, por interpretación errónea, del art. 93 de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con los arts. 19.5 y 6 y 20 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, para concluir en la inexistencia de falta de medidas de seguridad que justifique el recargo del 30% de las prestaciones derivadas del accidente laboral sufrido por el trabajador.

SEGUNDO.- No puede aceptarse la modificación interesada basada en el folleto propagandístico obrante a los folios 31 a 33, habiendo conformado el Juez “a quo” su versión fáctica en conjunto análisis del material probatorio (Confesión, testifical y documental).

En cuanto a la denuncia jurídica, es preciso partir del relato fáctico contenido en la sentencia de instancia: el trabajador prestaba sus servicios para la demandante, dedicada a la actividad de limpieza de edificios y locales, el día 02.02.93, teniendo una antigüedad inferior a un mes, subido a una escalera metálica de aluminio de una extensión de 9 metros, para limpiar los cristales de la Zona superior de una nave a unos 5,5 metros del suelo; la escalera disponía de calzos antideslizantes, peldaños semicirculares de pequeño grosor y planos en su cara superior, sin material antideslizante de cobertura; carecía de sujeción en su parte superior, que se apoyaba en

una viga de la pared de la nave a unos 5 metros del suelo, y en la parte inferior, donde era sujetada por otro trabajador; no tenía puesto el cinturón de seguridad por no existir puntos de anclaje; la altura entre el tubo y el suelo era de 6,5 metros; en un momento determinado, se inclinó y cayó al suelo de cemento, sufriendo traumatismos determinantes del reconocimiento de una incapacidad permanente total a cargo de la Mutua aseguradora.

Así las cosas, decaen las denuncias jurídicas, habiendo aplicado correctamente el juzgador de instancia el contenido de los arts. 19 de la Ordenanza General y 66 y 67 de la Ordenanza de Limpieza de Edificios y Locales, además del art. 93 de la L.G.S.S. y 28 del Convenio Colectivo Provincial: la escalera carecía de la necesaria estabilidad (un simple movimiento precipitó al trabajador al suelo), sus peldaños de material antideslizante, no existían puntos de anclaje para el cinturón de seguridad, ni estaba firmemente apoyada en superficie plana o sólida, o en planos horizontales, dependiendo su estabilidad de la sujeción de otro trabajador (el accidentado pesaba 100 kilos); y todo ello cuando el propio Convenio Colectivo Provincial ya califica de tarea de riesgo la limpieza de cristales a alturas superiores a 1,80 metros.

En definitiva y por lo expuesto,

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por “C.S., S.A.”, contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. UNO de Vigo, de fecha dieciocho de julio de mil novecientos noventa y seis, dictada en autos núm. 438/96 seguidos a instancia de “C.S., S.A.” contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y J.A.D.S.G. sobre MEDIDAS DE SEGURIDAD E HIGIENE, confirmando la resolución recurrida y condenando a la recurrente al abono de 10.000 ptas. en concepto de honorarios del letrado impugnante del recurso. Dése a los depósitos y consignaciones constituidas para recurrir el

2891 RECURSO N° 5.842/99

S. S.

INTERPRETACIÓN DE LIMITACIONES
IMPOSTAS POR CONVENIO COLECTIVO Á
UTILIZACIÓN DE CONTRATOS DE POSTA
A DISPOSICIÓN.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio González Nieto

A Coruña, a veinticinco de febrero de dos mil.
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 5.842/99
interpuerto por “C.E., S.A.U.” contra la sentencia
del Juzgado de lo social nº uno de Santiago.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por Sindicato Nacional de Comisiones Obreras de Galicia en reclamación de conflicto colectivo siendo demandado “C.E., S.A.U.”, C.I.G., comité de empresa de “C.E., S.A.U.”, “C.E.G.” y U.G.T. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 441/99 sentencia con fecha cuatro de octubre de mil novecientos noventa y nueve por el Juzgado de referencia que estima la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes:
“PRIMERO.- Que por medio de demanda de fecha 29 de junio de 1999, el Sindicato Nacional de Comisiones Obreras de Galicia promovió ante los Juzgados de lo Social de esta ciudad Conflicto Colectivo sobre interpretación del artículo 7 del Convenio Colectivo Nacional de empresas de conservas de mariscos y pescados, contra la empresa “C.E., S.A.U.”/ SEGUNDO.- Que el Conflicto Colectivo afecta a todos los trabajadores contratados a través de contratos de puesta a disposición con la empresa de trabajo temporal “A.E.T.T., S.A.”/ Que en el año 1995 la empresa “C.E., S.A.U.” realizó un total de 47 contrataciones por circunstancias de la producción y una por obra o servicios determinado; en 1996; 293 contrataciones por obra o servicio y 53 por circunstancias de la producción; en 1997: 197 contrataciones por obra o servicios; en 1998: 268 contrataciones por acumulación de tareas y el resto hasta 661 por objetos distintos o inciertos, todas ellas a través

de contratos de puesta a disposición con empresa de trabajo temporal; en 1999: 82 por contrataciones por acumulación de tareas./ CUARTO.- Que en fecha veintitrés de julio de mil novecientos noventa y nueve se alcanzó un preacuerdo entre la empresa y la mayoría del comité de empresa, compuesta por dos representantes del Sindicato U.G.T. y uno de la C.I.G., señalándose que en función de la reforma de la fábrica, de la organización futura prevista y del número de puestos de trabajo adecuado para cubrir las necesidades se iría optimizando el personal necesario, quedando fijada la contratación de cinco personas fijas discontinuas y de 20 temporales a la firma del preacuerdo, siendo conveniente su revisión en septiembre-octubre./ QUINTO.- Que en fecha veintiséis de julio de mil novecientos noventa y nueve las mismas partes suscribieron acuerdo para, entre otros extremos, contratar 25 personas como fijas discontinuas a partir de la primera semana de agosto de 1999./ SEXTO.- Que el sindicato accionante ha promovido y está promoviendo demandas ante otros juzgados de Galicia, con el mismo objeto y contra empresas del mismo grupo y otras empresas./ SÉPTIMO.- Que el grupo de empresas “L.C.S.” lleva contabilidad consolidada conjunta./ OCTAVO.- Que en fecha diez de junio de mil novecientos novena y nueve se celebró acto de conciliación ante el S.M.A.C., con el resultado de celebrado sin avenencia”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que desestimando las excepciones de incompetencia funcional y defecto legal en el modo de proponer la demanda formulada por la representación de “C.E., S.A.U.” y las de falta de litisconsorcio pasivo necesario y falta de acción, formulada por la representación del comité de empresa y estimando la demanda formulada por el SINDICATO NACIONAL de CC. OO. DE GALICIA, contra la empresa “C.E., S.A.U”, a la que se ha adherido el SINDICATO CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA, contra la empresa “C.E., S.A.U”, a la que se ha adherido el COMITÉ DE EMPRESA, debía de declarar y declaraba que la práctica empresarial de contratación eventual o de personal temporal a través de contratos de puesta a disposición con Empresa de Trabajo Temporal excede de las excepciones contempladas en el convenio colectivo, debiendo de acudirse a la contratación de personal fijo discontinuo para realizar la actividad prevista, condenando a la empresa demandada a estar y pasar por esta declaración y a que así lo reconozca, cumpla acate”.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandada “C.E., S.A.U.” 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 las excepciones de incompetencia por razón del territorio, defecto legal en el modo de proponer la demanda de falta de litisconsorcio pasivo necesario y falta de acción y estimando la demanda de Conflicto Colectivo, planteada por el Sindicato Nacional de Galicia de Comisiones Obreras, declaró que la práctica empresarial de contratación eventual de personal temporal a través de contratos de puesta a disposición, con empresa de trabajo temporal, excede de las excepciones contempladas en el Convenio Colectivo, debiendo acudirse a la contratación de personal fijo-discontinuo para realizar la actividad prevista, sin perjuicio de que de darse puntualmente las situaciones excepcionalmente previstas convencionalmente, pueda acudir a la contratación eventual o a través de E.T.T. Decisión judicial que es recurrida por la empresa, pretendiendo por un lado la revisión de los hechos declarados probados y por otro, la censura del derecho aplicado en la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- Como trámite previo, y por ser materia de orden público -apreciable incluso de oficio-, procede analizar la excepción alegada de incompetencia por razón del territorio, denunciándose infracción por interpretación errónea del art. 10.h).2, en relación con el art. 7.a) de la L.P.L., por entender que la cuestión litigiosa era de la competencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, al tratarse de la interpretación de un convenio de ámbito nacional, -o, en todo caso, en defecto de aquélla, de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia de Galicia, al haber presentado el sindicado accionante varias demandas sobre el tema que ahora se discute en distintos Juzgados de lo Social de esta Comunidad Autónoma.

Excepción que se rechaza, pues, de conformidad con la sentencia del Tribunal Supremo de 06.06.94: “lo normal para determinar la competencia es el área a que se extiende la norma aplicable, no es el único criterio para identificar el órgano que ha de conocer del conflicto planteado con motivo de su interpretación o aplicación, puesto que, si bien la controversia jurídica no puede plantearse en un ámbito superior al de la norma, el conflicto puede tener un área de aceptación coextensa con la de la norma o producirse en un área más reducida...”; por lo que en aplicación de tal doctrina al supuesto de autos, si bien es evidente que se trata de la interpretación de una norma de ámbito nacional, y aún cuando se hayan presentado demandas de Conflicto Colectivo ante distintos juzgados, con el mismo objeto y contra otras empresas del

mismo grupo y otras diferentes, es evidente, que lo que en realidad se está discutiendo y lo que el sindicato accionante plantea, es que la empresa con centro de trabajo situado en Esteiro, es decir dentro del ámbito de demarcación del Juzgado de lo Social de A Coruña, no cumple las previsiones de la Ley de Empresas de Trabajo Temporal y el art. 7 del Convenio Sectorial Nacional en materia de contratos de puesta a disposición; en base a ello se estima correcta la decisión del magistrado de instancia al estimar que es el juzgado de lo social de A Coruña el competente para conocer del conflicto planteado, aun cuando existan conflictos análogos en otras empresas del mismo grupo o diferentes que afecten a distintas circunscripciones jurisdiccionales, pues, podría darse la circunstancia de que en unas empresas se diera la recta aplicación del Convenio Colectivo, en cuanto solo excepcionalmente se procede a la celebración de contratos temporales con Empresas de Trabajo Temporal, en tanto que en otras, se incumpliera dicha normativa.

TERCERO.- Como segundo motivo se pretende la revisión de los hechos declarados probados y en concreto se adicione al ordinal primero un nuevo párrafo del tenor literal siguiente: “El Convenio Colectivo reseñado se publicó en el BOE de 25 de febrero de 1998 por haberlo acordado la resolución de la Dirección General de Trabajo de 6 de febrero de 1998”. Adición que se acepta, al estar acreditado por la documental (existente al folio 51 de los autos). Se pretende igualmente se adicione al ordinal segundo, un nuevo párrafo del tenor literal siguiente: “Incluidos 2 trabajadores contratados el 23, 8 trabajadores contratados el día 24, 5 trabajadores contratados el día 25 y 2 contratados el día 30 del mes de mayo de 1998 para apoyar a la “C.C.” en Carballo por saturación del mercado Internacional y los 9 auxiliares contratados para la fabricación de atún durante los meses de octubre y noviembre de 1998 en la “C.C.” de Carballo para campaña publicitaria”. Adición que se rechaza, al no aportarse documento que de modo directo y evidente demuestre la equivocación del juzgador, sin necesidad de deducciones, presunciones o conjeturas; máxime cuando lo aportado no son mas que simples manifestaciones de parte. Se interesa igualmente modificar el hecho tercero, suprimiendo la relación de contrataciones de 1998 y 1999 por la de “En 1998: enero 69, acumulación tareas: 27 originados por la escasez de túmidos y 42 por cierre fábrica vacaciones Navidad; marzo 21, acumulación tareas cierre fábrica Semana Santa; mayo 22, acumulación tareas apoyo “C.C.” Carballo por saturación mercado internacional y acondicionamiento línea sardina y mejillón y sustitución bajas enfermedad; julio 58, acumulación tareas por vacaciones personal fábrica; septiembre 70, acumulación tareas por vacaciones personal y exceso pedido

“H.J.N.”, “G.” y apoyo “C.C.” Carballo; octubre 160 acumulación tareas, exceso pedidos “G.” y “D.F.”; diciembre 1 para obra o servicio determinado, puesta a punto fábrica. En 1999: enero 11, acumulación tareas: exceso pedidos “G.”, Stock para campaña 99 y avicerado línea exterior mejillón; marzo 2, acumulación tareas: lanzamiento nueva línea chipirón y zamburiña; abril 1 obra o servicio: reparar instalaciones”. Modificación que se rechaza, de conformidad con lo argumentado anteriormente. Y en último término se pretende rectificar el hecho séptimo a fin de que quede redactado del tenor literal siguiente: “El grupo de empresas “L.C.S., SA” y sociedades dependientes, entre las que está como sociedad dominada “C.E.” SA-A15537376-tributan consolidadamente durante los ejercicios 1997, 1998 y 1999 con nº de grupo 65/97”. Modificación que igualmente se rechaza, por las mismas razones expresadas anteriormente.

CUARTO.- Como tercer motivo -sobre examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida-, se denuncia infracción por interpretación errónea del art. 7.3 del Convenio Colectivo de ámbito estatal para las Industrias de Conservas, Semiconservas, Salazones de Pescado y Marisco, aprobado por resolución de la Dirección General de Trabajo de 6-febrero-98 (publicado en el BOE 25.02.98).

El problema que se discute en la presente litis, consiste en determinar, si por la empresa “C.E., S.A.U.” se cumplen las previsiones del art. 7 del Convenio Sectorial Nacional en virtud de contratos de puesta a disposición, de tal manera que si en las contrataciones que se llevaron a cabo en los años 98 y 99 se respetaron las previsiones del art. 7.3 del Convenio, en el que se establece con carácter general el que deba acudirse a la contratación de personal fijo discontinuo y excepcionalmente acudir a la contratación temporal cuando se trate de cubrir bajas derivadas de 1)- incapacidad temporal, 2)- por ausencias imprevistas, 3)- trabajos que por su especial cualificación no puedan ser cubiertos por personal de plantilla, 4)- la realización de pedidos imprevistos y no contemplados dentro de los planes productivos de las empresas, 5)- abundancias de materias primas y siempre que suponga una excepción dentro de cada campaña. Como señala la sentencia de esta Sala de 16.07.99 (Rec. 2.660/99) –en un caso similar al de autos: “Parece procedente recordar que el Conflicto Colectivo a que se contrae el presente procedimiento es encuadrable en el ámbito de los denominados conflictos jurídicos, siendo así que la doctrina y la propia jurisprudencia –STS de 23.12.91 y 24.02.92, entre otras-, entiende por tales “los que persiguen una declaración judicial que determine la aplicación de una norma preexistente o que concrete su significado y alcance, diferenciándose del conflicto de regulación cuya finalidad es crear una nueva

norma o modificar la ya existente”. Al respecto la la STS de 06.02.84 aseveró que “en el conflicto jurídico la discrepancia de las partes respecto de la aplicación o interpretación de una norma constituye la razón de ser del conflicto” en tanto que el de regulación “surge del propósito de modificar el ordenamiento existente a través del cambio de las condiciones que lo integran o de crear condiciones nuevas ab origine”. Determinado, pues, el carácter y naturaleza de la presente controversia cabe establecer que, como ya dejó patente la resolución de instancia no está sometida a la consideración de la Sala, a través del presente procedimiento, la validez de los diversos contratos suscritos por la empresa a los que se refiere el ordinal III del relato fáctico de la aquella resolución, sino que lo que constituye el nudo gordiano de la cuestión se circunscribe a dilucidar si se ha conculado, de alguna manera, el convenio en base a tales contrataciones de carácter temporal. En tal sentido no debe soslayarse que el artículo 7 del Convenio Colectivo para el sector de Conservas, Semiconservas y Salazones de Pescados y Mariscos para los años 1997, 1998, 1999 y 2000, relativo a la “Clasificación (del personal) según la permanencia”, determina que “En las distintas figuras de contratación temporal que pueda practicar la empresa deberá dar preferencia en lo posible en las reiteraciones de tales tipos de contratación a aquellos productores que ya hayan prestado servicio en la misma. Cuando circunstancias tales como exceso de pedidos, presión de los mercados, abundancia de primeras materias u otras, lo exigieran, aún tratándose de la actividad normal de la empresa, podrá el contrato temporal tener una duración dentro de un período de doce mensualidades, de nueve meses, atendiendo en todo momento y en lo posible a lo establecido en el párrafo anterior”, en tanto que el párrafo 3 del propio precepto convencional, bajo la rúbrica “Estabilidad de plantillas”, establece, entre otras consideraciones, que “Es objetivo a alcanzar, durante la vigencia del presente convenio, la estabilidad de las plantillas y en la que la contratación eventual y externa responde única y exclusivamente a las circunstancias excepcionales”, añadiendo que “A los efectos de alcanzar tal objetivo, en los parámetros de actividad productiva irregular, las partes consideran que la elasticidad que proporciona el personal fijo-discontinuo se adapta perfectamente a las necesidades de la industria conservera y que es por tanto precisa la incentivación de esta modalidad de contratación”, para luego dejar sentado que “las partes acuerdan: Causalizar la contratación temporal y provenientes de ETT con la definición de criterios y condiciones para su eventual utilización”, citando al efecto diversas situaciones de excepción y entre ellas, puntos 4 y 5, “la realización de pedidos imprevistos y no

contemplados dentro de los planes productivos de las empresas” y “abundancia de materias primas y siempre que suponga una excepción dentro de cada campaña”.

Esto sentado, esta Sala entiende, que el Convenio Colectivo aplicable, del sector, no prohíbe la contratación de duración determinada, ni el empleo de mano de obra procedente de empresas de trabajo temporal, sino que con el propósito de favorecer la estabilidad de las plantillas, mediante la limitación de la situación en la que es posible el recurso de la contratación eventual o temporal o proveniente de E.T.T. sin que ello suponga, evidentemente sobrecargar la nómina de las empresas por encima de lo necesario y razonable, pues, precisamente entre los objetivos perseguidos, a tenor del citado artículo, está lograr una mejor organización y unos mayores índices de productividad, entendiendo que las necesidades de mano de obra pueden ser satisfechas de un modo más eficaz, a través de la contratación de trabajadores fijos discontinuos la cual se pretende incentivar.

A la vista de las consideraciones anteriores y teniendo en cuenta lo recogido en el inalterado relato fáctico de hechos probados y en concreto en el ordinal tercero, de donde se deduce, que al menos con las E.T.T. se realizaron 661 contratos en 1998: 268 por acumulación de tareas y el resto (hasta 661) por objetos distintos o inciertos, todas ellas a través de contratos de puesta a disposición con empresa de trabajo temporal y 82 contrataciones por acumulación de tareas en 1999, lo que pone en evidencia, que la plantilla de personal de la empresa era claramente insuficiente para la realización de la producción, con independencia de la posible legalidad de alguno de los contratos para obra o servicio determinado o de circunstancias de la producción, realizados por la empresa de trabajo temporal, suscritos al amparo de los contratos de puesta a disposición, la gran mayoría no son lícitos, pues, al ser el volumen normal de la actividad excesivo a las posibilidades de producción a través del personal fijo, debió acudirse a la contratación de fijos discontinuos (fundamento derecho, con valor de hecho probado); por lo que ha de destacarse el acierto del magistrado de instancia al estimar que no es compatible con la recta aplicación del Convenio Colectivo de que se trata, el proceder de la empresa demandada, en el que se observa un muy escaso empleo de la contratación de fijos discontinuos, frente a un elevado número de contratos de puesta a disposición celebrados con empresas de trabajo temporal, sin que se acredite que se den las circunstancias excepcionales previstas en el art. 7.3 del referido Convenio Colectivo (realización de pedidos imprevistos y no contemplados dentro de los plantes productivos de la empresa, abundancia de materias primas siempre que supongan una

excepción dentro de cada campaña, etc, ni que la mayoría de los pedidos sean de carácter urgente), que hiciera inviable la posibilidad de actuación del personal discontinuo, por lo que se ha de entender que la empresa ha utilizado la vía de contratación de personal con contratos temporales excediéndose de la convencionalmente previsto, procediendo en consecuencia, desestimar el recurso y confirmar íntegramente el fallo combatido.

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por “C.E., S.A.U.”, contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. UNO de Santiago de Compostela, de fecha cuatro de octubre de mil novecientos noventa y nueve, dictada en autos núm. 441/99 seguidos a instancia de SINDICATO NACIONAL DE COMISIONES OBRERAS DE GALICIA contra la recurrente, la CONFEDERACIÓN DE EMPRESARIOS DE GALICIA y la UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES sobre -CONFLICTO COLECTIVO-, confirmando íntegramente la resolución recurrida.

2892 RECURSO N° 437/2000

S. S.

**EXCLUSIÓN DE GRAVIDADE E
CULPABILIDADE EN FALTAS DE
ASISTENCIA, A EFECTOS DE
DESPEDIMENTO.**

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

A Coruña, a veintiocho de febrero de dos mil.
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. 437/2000 interpuesto por doña P.C.T. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña P.C.T. en reclamación de despido siendo demandado la empresa “H.DN., S.L.” don J.R.L. y la empresa “H.DN. S.C” en su día se celebró acto de vista,

habiéndose dictado en autos núm. 764/99 sentencia con fecha 26 de noviembre de 1999 por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “PRIMERO.- La actora doña P.C.T., ha venido prestando servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa codemandada sin solución de continuidad desde el 21 de enero de 1985, ostentando la categoría profesional de auxiliar de comercio y percibiendo un salario mensual de 131.856 pesetas, incluido el prorratoe de las pagas extraordinarias en el centro de trabajo sito en C/... Ourense./ SEGUNDO.- La actora inició la relación laboral el 21 de enero de 1985, con “H.D.N., S.C.”, constituida por don J.R.D.R. y don A.N.C. esposo de la actora y dedicado a la venta de calzado, prestando sus servicios en el centro sito en la C/... O Carballiño, hasta el 30 de septiembre de 1987, en que fue dada de baja en la Seguridad Social. El 1 de octubre de 1987, es dado nuevamente de alta y causa baja el 4 de febrero de 1992. El 5 de febrero de 1992, suscribe contrato con la empresa “H.DN., S.L.”, prestando sus servicios en el mismo centro sito en C/... Ourense./ TERCERO.- La empresa codemandada “H.DN., S.L.”, fue constituida a medio de escritura pública de fecha 16 de diciembre de 1991, por los esposos don J.D.N. y don J.R.L., nombrándose a esta Administrador Único. Por Acuerdos de la Junta General Extraordinaria y Universal de la citada sociedad, celebrada el 3 de marzo de 1995, se cesó en el cargo de administrador a don J.R.L., designándose nuevo administrador a don A.N.C. Dichos acuerdos fueron elevados a públicos. Por escritura pública de fecha 12 de abril de 1999 los esposos don J.D.N. y doña J.R.L. venden a don A.N.C. y su esposa, la actora doña P.C.T., respectivamente las 150 participaciones sociales, de que cada uno, era titular en la sociedad “H.DN., S.L.”, renovándose el cargo de administradores al esposo de la actora don A.N.C./ CUARTO.- En fecha 17 de septiembre la actora recibe comunicación escrita de despido de la empresa codemandada del siguiente tenor literal: “Muy estimada señora: una vez recibida en esta empresa su parte de baja por enfermedad el día 09.09.99, sin justificación algunas, y una vez agotado con magnitud el tiempo legal, hemos procedido a la rescisión de nuestra relación laboral. Sin otro particular, le rogamos que nos indique el día que pasara por nuestra oficina a recoger la liquidación correspondiente. Atentamente”./ QUINTO.- La actora tras disfrutar su período vacacional en el mes de agosto pasado, no se reincorporó al trabajo, presentando en fecha 9 de septiembre parte médica de baja. La actora está de baja médica desde el 6 de septiembre de 1999, con el diagnóstico de depresión. Desde el 3

de agosto, vino acudiendo a consultas médicas, indicándosele tratamiento a seguir./ **SEXTO.-** La actora y su esposo don A.N. se encuentra en trámites de separación matrimonial, presentando la actora demanda de separación el 8 de septiembre pasada, la cual se tramita en el Juzgado de 1º Instancia de O Carballiño./ **SÉPTIMO.-** La actora no ostenta ni ha ostentado la condición de presentante de los trabajadores./ **OCTAVO.-** Se tuvo por intentado sin efecto la 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 P.C.T. contra las EMPRESAS “H.DN., S.L.”, “H.DN., S.C.” y contra doña J.R.L. debo declarar y declaro procedente el despido de la actora llevado a cabo por la codemandada “H.DN., S.L.”, consolidando la extinción de la relación laboral que aquél produjo sin derecho a indemnización ni salario de tramitación y en consecuencia, absuelvo a los demandados de las pretensiones en su contra esgrimidas”.

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 demandante recurre la sentencia de instancia, que rechazó su acción por despido, y solicita con amparo procesal correcto, revisar los hechos probados y examinar el derecho que contiene aquel pronunciamiento.

SEGUNDO.- En el ámbito histórico, propone sustituir el apartado 3º -se entiende, 5º- (“La actora tras disfrutar su período vacacional en el mes de agosto pasado, no se reincorporó al trabajo, presentando en fecha 9 de septiembre parte médica de baja. La actora está de baja médica desde el 6 de noviembre de 1999, con el diagnóstico de depresión. Desde el 3 de agosto, vino acudiendo a consultas médicas, indicándosele tratamiento a seguir”) por: “La actora tras disfrutar su período vacacional en el mes de agosto pasado, no se reincorporó al trabajo, presentando en fecha 9 de septiembre parte médica de baja. La actora está de baja médica desde el 6 de noviembre de 1999, con el diagnóstico de depresión. Desde el 3 de agosto, vino acudiendo regularmente a consultas médicas por síndrome ansioso depresivo, no estando capacitada para la actividad laboral”); se basa en los folios 130 y 131.

La pretensión se acepta para concretar la dolencia -síndrome ansioso depresivo- que padecía y que motivó su consulta y tratamiento médicos; sin embargo, no es procedente incorporar al relato de

hechos las consecuencias que pudieran derivarse de ese padecimiento -entre ellas, la capacidad o no para el trabajo- porque no expresan un dato objetivo sino una conclusión a fijar, en su caso, en el plano jurídico.

TERCERO.- En el ámbito del derecho, denuncia infringidos: A) El artículo 55.1 del Estatuto de los Trabajadores (ET), pues la carta de despido se limita a comunicar la rescisión del contrato de trabajo. B) Los artículos 55.3 y 56 en relación con el 54.1, 54.2.a) ET y 110 de la Ley de Procedimiento Laboral, pues su no reincorporación al trabajo se debió a la consulta y tratamiento médico de su enfermedad psíquica, derivada de su situación familiar que le obligó a formular demanda de separación matrimonial, circunstancias que conocía su esposo, administrador de la empresa demandada.

CUARTO.- La primera denuncia jurídica no es aceptable, porque la carta de despido de 17.09.99 (hecho probado 4º.- "Muy estimada Sra.: Una vez recibida en esta empresa su parte de baja por enfermedad el día 09.09.99 se le comunica que con fecha 06.09.99 Ud. ha causado baja ante la Tesorería General de la Seguridad Social, dado que una vez disfrutado su período vacacional en el mes de agosto de 1999 Ud. no se presentó a su puesto de trabajo el día 31.08.99, sin justificación alguna, y una vez agotado con magnitud el tiempo legal, hemos procedido a la rescisión de nuestra relación laboral. Sin otro particular, le rogamos que nos indique el día que pasará por nuestra oficina a recoger la liquidación correspondiente") se ajusta a la jurisprudencia (ss. 30-septiembre-85, 24-junio-87) cuando afirma que no tiene por qué ser circunstanciada y prolifica ni contener un relato detallado o pormenorizado de los hechos, sino que basta con que el trabajador destinatario pueda comprender los hechos a que se refiere o los cargos que le imputa, proporcionándole la oportunidad de defenderse con los medios de prueba necesarios para ello. En efecto, los términos transcritos de la comunicación del despido despejan, sin necesidad de otra aclaración, cualquier duda racional acerca de las razones esenciales que configuraron la decisión empresarial de despedir, es decir, la inasistencia al trabajo de la recurrente y, al tiempo, permitieron a ésta articular la defensa oportuna de sus derechos.

QUINTO.- Según los hechos probados de la sentencia impugnada y el fundamento de derecho segundo de la presente resolución, los antecedentes de la segunda denuncia jurídica se resumen así: - La demandante presta servicios con la categoría profesional de auxiliar de comercio y salario de 131.856 pesetas mensuales incluido el prorrato de las pagas extraordinarias.

- En los períodos 21.01.85/30.09.87 y 01.10.87/04.02.92 trabajó para "H.DN., S.C.", constituida por los Sres. D.R. y N.C., éste marido

de la actora. - El 05.02.92 comienza a trabajar para "H.DN. S.L.", constituida por el matrimonio de los Sres. D.R. y R.L. Desde el 03.03.95, el esposo de la demandante, Sr. N.C., es administrador único. Por escritura notarial de 12.04.99, el matrimonio indicado vendió sus participaciones sociales a la actora y a su marido. - El objeto social de ambas empresas fue la compraventa de calzado y su domicilio social se fijó en la c... de Ourense. - Desde el 03.08.99 la demandante acudió a consulta médica por síndrome ansioso depresivo; se le indicó tratamiento a seguir. - Permaneció de vacaciones en agosto de 1999; a su término, no se reincorporó al trabajo. - Desde el 06.09.99 está de baja médica por depresión; el 09.09.99, presentó en la empresa el parte de baja. - El 09.09.99 formuló demanda de separación matrimonial, que tramita el Juzgado de 1ª Instancia de O Carballiño. - El 17.09.99 recibió carta de despido con efectos del día 06.09.99.

SEXTO.- Los datos objetivos reseñados nos llevan a las siguientes conclusiones: 1º.- La petición principal de la recurrente, nulidad del despido litigioso, no es aceptable porque no concurre -tampoco hubo alegación previa fundamentada- ninguna de las causas que legal y exclusivamente justifican dicha declaración, es decir y según el artículo 55.5 ET, la discriminación o la violación de derechos y libertades fundamentales. 2º.- Sin embargo, debemos estimar la petición subsidiaria, improcedencia del despido litigioso: Es cierto que la recurrente no acudió al trabajo hasta diez días después de concluido su período vacacional y que, entonces, su presencia en la empresa se limitó a aportar el documento que incorporaba su baja médica. La ausencia al trabajo, como causa que ampara el despido según el artículo 54.2.a) ET, supone la inasistencia repetida e injustificada que, como afirma la jurisprudencia respecto de todos los motivos legales que fundamentan la decisión empresarial de despedir, ha de ser grave y culpable, con aplicación del principio de proporcionalidad previa valoración pormenorizada de las circunstancias del caso concreto. Aunque la recurrente reiteró su ausencia al trabajo, no apreciamos que su inasistencia laboral fuera injustificada, si tenemos en cuenta, independientemente de su cualidad de copropietaria empresarial, el cumplimiento de la obligación de presentar en tiempo el parte de baja a la empresa que, como trabajadora, le imponen los artículos 2.2 del Real Decreto 575/97 de 18-4 (Regula determinados aspectos de la gestión y control de la prestación económica por incapacidad temporal) y de la Orden de 19.06.97 (Desarrolla el RD 575/97), las visitas y el tratamiento médicos que seguía a consecuencia del síndrome depresivo ansioso antes de aquella baja médica y del que ésta fue consecuencia, su

vínculo matrimonial con el administrador de la empleadora, que le hacía conocedor de las circunstancias relatadas, o la situación conyugal que determinó su demanda de separación, reveladora, aún sin decisión judicial que la convalide, de la cotidiana tirantez entre los esposos cotitulares de la empresa; de este modo, se configura una realidad que impidió su comparecencia al trabajo que, al tiempo, excluye la voluntariedad grave y culpable exigida para imponer la máxima sanción disciplinaria, cual tenemos declarado en supuestos semejantes (s. 27.03.98). La conclusión que adoptamos se proyecta exclusivamente sobre "H.DN., S.L.", pero no sobre los también demandados "H.DN., S.C." y la Sra. R.L., tanto porque la actora no interesó de forma expresa su condena según el suplico de demanda reiterado en este trámite, como porque estamos en presencia de una subrogación del artículo 44 ET entre las empresas citadas, cual expresa y se deduce respectivamente de los hechos probados 1º y 2º de la sentencia impugnada, que excluye la responsabilidad de los codemandados referidos. Por todo ello,

Fallamos

Estimamos el recurso de suplicación de doña P.C.T. contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Ourense, de 26 de noviembre de 1999 en autos nº 764/99, que revocamos, acogemos la petición subsidiaria de su demanda por despido contra "H.DN., S.L.", "H.DN., S.C." y doña J.R.L., declaramos la improcedencia de su despido y condenamos a "H.DN., S.L.", en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de esta sentencia, opte entre readmitirle o abonarle una indemnización de dos millones novecientas mil setecientas pesetas (2.900.700 pts), con abono en cualquier caso de los salarios de tramitación a razón de cuatro mil trescientas noventa y cinco pesetas diarias (4.395 pts/día) desde el día 6 de septiembre de 1999 hasta la fecha de notificación de esta sentencia; de no ejercitar la opción, se entiende que procede la readmisión. Absolvemos a los codemandados "H.D.N., S.C." y doña J.R.L.

**2893 RECURSO N°
03/0007285/1996**

S. CA.

ENCADRAMENTO DE ADMINISTRADORES SOCIAIS NA SEGURIDADE SOCIAL.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Antonio Vesteiro Pérez

En la Ciudad de A Coruña, veintinueve de febrero de dos mil.

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 03/0007285/1996, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por J.C.C., con D.N.I... domiciliado en... (A Coruña), representado y dirigido por el letrado doña M.B.C.G., contra Resolución de 25.01.96 estimatoria en parte de recurso ordinario contra reclamación de 11.12.95 sobre reclamación de deuda nº..., régimen trabajadores autónomos.. Es parte la administración demandada TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, representada por el LETRADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. La cuantía del asunto es determinada en 1.451.312 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 26 de octubre de 1999, fecha en que tuvo lugar. Por providencia de la misma fecha y con suspensión del término para dictar sentencia se acordó para mejor proveer someter a la consideración de las partes personadas en este recurso durante el plazo de 10 días la cuestión sobre la posible prejudicialidad de la jurisdicción social, competente para dilucidar sobre la afiliación del recurrente, socio y gerente de la sociedad, a un determinado régimen de la Seguridad Social. Practicada la prueba se unió a los autos alzándose la suspensión acordada y quedando los autos para dictar sentencia.

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

Fundamentos de derecho

I.- Por el recurrente director gerente y miembro del Consejo de Administración de una Sociedad Limitada pretende la anulación o modificación de la resolución de 31 de enero de 1996 dictada por la Tesorería General de la Seguridad Social, por la que se deja sin efecto el alta de oficio y subsiguiente reclamación de las cuotas en descubierto correspondiente al año 1994 por el Régimen Especial de autónomos, en base, no solo al cambio de encuadramiento al Régimen General que hasta la fecha vino y continuaba cotizando, sino también que ello suponía un enriquecimiento injusto por parte de la Administración al percibir mayor cotización al ingresar en el Régimen General una base de cotización mayor que la de autónomos, compensando las diferencias entre lo que venía cotizando por un Régimen y otro.

II.- Se opone a la ejecución a pesar de la sentencia de 16 de mayo de 1994 dictada por el J. Social núm. 3 de A Coruña por la que desestima la inclusión del recurrente dentro del Régimen General, cuestión que fue resuelta por la misma Tesorería General con fecha 18 de marzo de 1999 por la que se declara la baja en el Régimen Especial de Autónomos con efectos desde el 31 de diciembre de 1997 y alta en el Régimen General desde el 01.01.98 con exclusión de la protección por desempleo y F.G.S., debiendo ser compensado en el expediente de devolución de sus cuotas adeudadas por el RETA en el 1994 con los del Régimen General, es decir, que el recurrente socio y director gerente debe tener en cuenta el contenido del párrafo 2 inciso 2.4 de la Circular de la T.G. de la Seguridad Social de 29.12.92, así como la comunicación respecto al ejercicio 1994 la comunicación del D.P. de la T.G. de la Seguridad Social de A Coruña de 13.03.96, pese al contenido de las Sentencias dictadas por la Jurisdicción Social que lo consideraba como trabajador autónomo cuyas bases de cotización son diferentes en el Régimen General y Régimen Especial.

III.- en conclusión hemos de partir de dos períodos distintos que afectan al recurrente en cuanto hay que distinguir, de una parte la sentencia declarada firme dictada por la Sala de lo Social del T.S. de Justicia de Galicia de 21 de febrero de 1997, por la que se considera al recurrente como trabajador autónomo y en consecuencia durante los años 1994, 1995, 1996 y 1997 ha de cotizar por el citado Régimen Especial y de otra la Resolución de la Dirección Provincial de la T.G. de la Seguridad Social de A Coruña de 18 de marzo de 1999 se declara a la vista del examen de la Constitución y Estatutos de la Sociedad recurrente como asimilado a trabajador por cuenta ajena a partir del 1 de enero de 1998, es cierto por tanto que al ser reintegrado al Régimen General de la Seguridad Social ha de cotizar con unas bases de cotización superiores al RETA y por consiguiente hemos de tener en cuenta que no procede la ejecución adelantada decretada por la Seguridad social respecto a los intereses de demora y recargos que se le impuso atendiendo a las fechas de las resoluciones dictadas en la vía de apremio, al admitirle por la resolución de 25.01.96 que se le iba a compensar y por la de 15.03.96 que se iba a proceder a su devolución.

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

Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por J.C.C. contra Resolución de 25.01.96 estimatoria en parte de recurso ordinario contra reclamación de 11.12.95 sobre reclamación de deuda nº..., régimen trabajadores autónomos, dictado por TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL. Sin imposición de costas.

**2894 RECURSO N°
03/0009162/1996**

S. CA.

DETERMINACIÓN DA XURISDICCIÓN COMPETENTE EN MATERIA DE DESCUBERTOS DE COTIZACIÓN Ó RETA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Francisco Javier D'Amorín Vieitez

En la Ciudad de A Coruña, veintinueve de febrero de dos mil.

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 03/0009162/1996, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por S.V.V., con D.N.I... domiciliado en...(Pontevedra), representado por don J.A.G.P. y dirigido por el letrado doña C.C.H., contra Resolución de 28.06.96 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y S. Social de Pontevedra, de 28.02.95 sobre acta de liquidación nº 571/94; Expte. nº 19.189/95. Es parte la Administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, representada por el ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es determinada en 653.566 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 22 de febrero de 2000, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I.- Las resoluciones que aquí se impugnan ratificaron un acta de liquidación de cuotas por descubierto en el RETA durante el período julio de 1992 a mayo de 1994.

La Abogacía del Estado, sin ofrecer argumento alguno respecto de la cuestión de fondo, opone la causa de inadmisibilidad prevista en el art. 82.a)

de la LJCA, aduciendo que el conocimiento de la pretensión planteada corresponde a la Jurisdicción de lo Social, inadmisibilidad que es preciso desestimar, pues la circunstancia de que la Tesorería General de la Seguridad Social (en adelante, TGSS), por resolución de 6 de marzo de 1995, a instancia del demandante, hubiera acordado o resuelto que éste no reunía los requisitos para su inclusión en el RETA, disponiendo que contra dicha resolución podría interponer demanda ante el Juzgado de lo Social competente, no enerva la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para conocer de la impugnación planteada frente a las resoluciones que ratificaron el acta de liquidación de referencia, pues estamos ante resoluciones y materias distintas, todo ello sin perjuicio de la influencia jurídica que deba reconocerse a aquella resolución de la TGSS sobre aquel acto liquidatorio, lo que viene a constituir el aspecto más sobresaliente de la cuestión de fondo que plantea la cita de la STS de 12 de abril de 1999 en el sentido de que “no puede mantenerse la competencia de este último orden jurisdiccional (social) porque el alta y baja de oficio se producen en el ámbito de la gestión recaudatoria de la Seguridad Social, anudadas a unas actas respecto de las que competencia corresponde la jurisdicción contencioso-administrativa, conforme a los arts. 9.4 y 5 de la LOPJ, 1.3.c) y 4 LJCA y 3.b) LPL (entonces R. D. Legislativo 2/95, de 7 de abril), en este sentido, la Sentencia de esta Sala de 9 de diciembre de 1998”.

II.- Antes de analizar la cuestión de fondo conviene significar que la actuación inspectora determinó el levantamiento del acta de liquidación que indirectamente se impugna aquí y, a la vez, el alta de oficio del demandante en el RETA por parte de la TGSS, si bien este Organismo, estimando la reclamación previa formulada por el demandante, resolvió que éste no reunía los requisitos para su inclusión en el citado Régimen, aspecto que no fue considerado por la resolución de segundo grado objeto del presente recurso, pese a que el demandante aportó con el escrito del recurso ordinario copia de aquella resolución de la TGSS.

Si, como aquí sucede, la TGSS, órgano gestor que acumula las funciones gestoras (altas, bajas y demás incidencias), de recaudación y devolución de ingresos indebidos, decidió por resolución firme la improcedencia del alta en el RETA del demandante, no tiene sentido mantener la procedencia del acto recaudatorio, pues faltaría la causa o condición principal para el devengo de las cuotas liquidadas. Por todo ello, procede la estimación del recurso.

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

Fallamos

Que estimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por S.V.V. contra Resolución de 28.06.96 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y S. Social de Pontevedra de 28.02.95 sobre acta de liquidación nº 571/94; Expte. nº 19.189/95, dictado por MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL; y en consecuencia, anulamos las resoluciones recurridas, dejando sin efecto el acta de liquidación de que traen causa. Sin imposición de costas.

**2895 RECURSO N°
03/0009163/1996**

S. CA.

ENCADRAMENTO DE ADMINSITRADORES SOCIAIS NA SEGURIDADE SOCIAL. FALTA DE ÁNIMO DEFRAUDATORIO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Antonio Vesteiro Pérez

En la Ciudad de A Coruña, veintinueve de febrero de dos mil.

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 03/0009163/1996, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por S.V.V. con D.N.I... domiciliado en... (Pontevedra) representado por don A.G.P. y dirigido por el letrado doña C.C.H., contra Resolución de 28.06.96 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y S. Social de Pontevedra de 27.02.95 sobre actas de infracción y liquidación coordinadas 1.686 y 571/94; Expte. 19.190/95. Es parte la Administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, representada por el ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es determinada en 100.000 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 22 de febrero de 2000, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I.- Se impugna la resolución de la Autoridad Laboral por la que sanciona a la Sociedad recurrente por no haber sido dado de alta en el Régimen Especial de Autónomos al mismo, calificando como infracción grave del art. 14.1.2 de la LISOS a la multa de 100.000 pts. y ello en base a que el recurrente a la vista de la escritura de constitución de la sociedad y estatutos como administrador y partícipe en el capital social con carácter mayoritario incidiendo en una categoría laboral no como trabajador por cuenta ajena dado que tenía funciones de dirección y gestión en la empresa societaria, así como por las facultades ejercitadas como conceder autorizaciones, celebrar contratos de trabajo, etc., según la descripción del Acta de la Inspección de trabajo por lo que ha de ser catalogado o afiliado al Régimen Especial. Sin embargo de lo actuado se desprende la discrepancia existente entre el criterio sostenido por la actuación inspectora y la Tesorería General de la Seguridad Social en la cual se declara incompetente en la liquidación como trabajador por cuenta propia lo que obliga a anular la liquidación que le fue girada.

II.- En consecuencia si de una parte existe una discrepancia en la categoría o afiliación del recurrente por entender la Inspección de Trabajo que debe ser calificado como autónomo; y de otra parte se declara su improcedencia por la Tesorería General de la Seguridad Social, es evidente que se produce un conflicto sobre su calificación y afiliación en el recurrente, como se demuestra por

el hecho de una parte repetimos, por la resolución dictada por la Dirección General de Ordenación Jurídica que lo considera como trabajador autónomo y de otra la resolución de fecha 27 de febrero de 1995 de la D.P. de Trabajo y 28 de junio de 1996 de la D.G. de Ordenación Jurídica y al mismo tiempo se dicta la resolución de la Tesorería General de la S. Social de 6 de marzo de 1995 que declara improcedente la consideración como trabajador autónomo, por consiguiente tal catalogación independientemente de no ser materia competencial administrativa, sino de la jurisdicción social, hemos de considerar que al faltar el ánimo defraudatorio para imputar la conducta que se tacha por la Administración como reprobable.

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

Fallamos

Que estimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por S.V.V. contra Resolución de 28.06.96 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y S. Social de Pontevedra de 27.02.95 sobre actas de infracción y liquidación coordinadas 1.686 y 571/94; Expte. 19.190/95, dictado por MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL; y en consecuencia anulamos las resoluciones recurridas por ser contrarias a Derecho. Sin imposición de costas.

2896 RECURSO Nº 0482/00

S. S.

RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL SOLIDARIA DE UNIDADE PRODUCTIVA, EN PREITO POR DESPEDIMENTO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Manuel Domínguez López

A Coruña, a tres de marzo de dos mil.
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 0482/00, interpuesto por el letrado don M.F.A., en nombre y representación de la entidad mercantil "H., S.L.", contra sentencia del Juzgado de lo Social nº tres de los de Pontevedra.

Antecedentes De Hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 357/99 se presentó demanda por doña M.P.F.P., sobre despido, frente a las empresas "L.A.C., S.L." y "H., S.L." y a doña C.H.V. En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 25 de agosto de 1999 por el juzgado de referencia, que estimó parcialmente la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "I. Doña M.P.F.P., mayor de edad, D.N.I..., vino prestando servicios como oficial-ayudante, en un taller de arreglos de ropa confeccionada, sito en... de Pontevedra, en las siguientes circunstancias: a) Desde el 11.03.98, a medio de contrato eventual de 3 meses por 30 horas semanales, cuyo objeto se define como "atender el exceso de pedidos", firmado con "L.A.C., S.L.", firmando el 01.11.98 recibo de finiquito que, por obrar en autos, se tiene por reproducido. b) Desde el 02.11.98, a medio de contrato de fecha 31.10.98, a medio de contrato a tiempo parcial de 30 horas semanales, cuyo objeto se define como "prestar un nuevo servicio al cliente en su fase de lanzamiento", firmado con "H., S.L.". El salario a percibir es de 86.963'- pesetas., con prorrata de pagas extras. II. "L.A.C., S.L." se constituyó el 06.02.98 por doña C.H.V. y sus hijas L. e I.C.H., ésta última menor de edad y representada por su padre, don J.C., su domicilio social es en... y su objeto "todo tipo de actividades relacionadas con las artes gráficas, impresión y actividades anexas a la misma y la distribución, publicación y edición de libros.- La sociedad se dedicará al comercio al por mayor y menor, fabricación, reparación, importación, exportación y gestión de productos naturales, servicios de restaurantes, cafetería, bar, alimentación, hospedaje y reparaciones.- Construcción, reparación y conservación de toda clase de obras, edificación completa y obra civil, consolidación y preparación de terrenos, demoliciones y perforaciones, cementaciones y pavimentaciones, preparación y montaje de estructuras y cubiertas, postes, torres metálicas, compuestas, instalaciones y montajes, acabado de obras, servicios auxiliares de la construcción y dragados.- También podrá tener por actividad impartir cursos de formación.- Las actividades enumeradas pondrán también ser desarrolladas por la sociedad, total o parcialmente, de modo indirecto, mediante la participación en otras sociedades con objeto idéntico o análogo. La Sra. H. fue nombrada Administradora única. III. "H., S.L." se constituyó el 04.09.97 por doña C.H. y sus hijas L. e I.C.H., representada esta última, como menor de edad, por su padre don J.C. El domicilio social se fijó en el domicilio familiar en... Poio. El objeto social era "La sociedad tiene por objeto: a) La explotación electrónica por

cuenta de terceros.- b) La organización de ferias y actos culturales.- c) la edición y compraventa de libros, periódicos, revistas y todo tipo de documentos en papel impreso". Doña C.H. fue nombrada Administradora única. IV. Desde octubre-98 a mayo-99, "H., S.L." contrató al menos a otras cuatro trabajadoras, con contratos de duración determinada a tiempo parcial, para el centro de trabajo sito en..., dos de ellas con categoría de costurera y otras dos con categoría de auxiliar administrativo. V. Con fecha 15.04.99 se entregó a la actora carta que dice: "Por la presente se le comunica que el próximo día 1-mayo-1999 finaliza el contrato de trabajo que firmó con esta empresa el día 2-noviembre-1998. Por ello, a partir de la fecha indicada, causa Vd. baja en esta empresa y, en consecuencia, quedará rota toda relación laboral entre ambas partes firmantes. Se le comunica, además, que se pone a su disposición la liquidación por finiquito correspondiente, certificado de empresa, copia de boletines de cotizaciones y demás documentación que deberá aportar la Empresa para que pueda, si es el caso, solicitar la prestación de desempleo"; en esa misma fecha se le conceden 15 días de vacaciones hasta el 01.05.99. El día 03.05.99 la actora firmó recibo que, por obrar en autos, se tiene por reproducido. VI. A partir del 01.06.99, la actora inició por cuenta propia, una actividad semejante a la realizada por las demandadas, en la que continúa. VII. Se intentó, sin efecto, la conciliación ante el SMAC".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando parcialmente la demanda de doña M.P.F.P., declaro improcedente el despido de que fue objeto, condenando solidariamente a "L.A.C., S.L." y "H., S.L.", a que en el plazo de cinco días opten entre la readmisión de la actora a su puesto de trabajo o el abono de una indemnización de CIENTO CINCUENTA Y DOS MIL CIENTO NOVENTA Y SIETE PESETAS (152.197.- pesetas.), con pago de los salarios dejados de percibir desde el 02.05.99 al 31.05.99, ambos inclusive, a razón de 2.899.- pesetas./día. Notifíquese... etc.".

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la empresa codemandada "H., S.L.", que fue impugnado de contrario. Elevados los autos a este tribunal, se dispuso el paso de los mismos al ponente.

Fundamentos De Derecho

PRIMERO.- Frente la sentencia de instancia que acogió la demanda de despido de la actora y condeno a las codemandadas a que en plazo de cinco días la readmitieran en legal forma o la indemnizaran en la suma de 152.197 ptas. se alza la codemandada mercantil "H., S.L.", formulando cinco apartados de alegaciones sin cita de

precepto procesal que ampare los motivos y, salvo en la tercera de las mismas, sin cita de precepto alguno como infringido, tan anómala formalización del recurso sería merecedora, de por sí, de la desestimación, sin más trámite, a la vista del incumplimiento de lo dispuesto en el art. 194.2 y 3 LPL, pues mas que un recurso el recurrente lo que formaliza es una serie de comentarios desfavorables a la resolución recurrida

No obstante, siguiendo la doctrina sentada por TCO en S. 69/84 de 11 de junio y 164/86 de 17 de diciembre y STS 12.12.73, así como la vieja doctrina de TCT sentada en S. 15.12.80 y 21.12.82 y mas modernamente STSJ Aragón de 19.05.93 sobre el principio pro actione, como integrante del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), que obliga a entrar en el análisis del recurso cuando puedan deducirse los motivos e infracciones que se viene a invocar, procede entrar en el análisis del recurso e impugnación al mismo.

SEGUNDO.- Entrando en el análisis de las diversas alegaciones/motivos del recurso, en la primera, se plantea la impugnación de la parte dispositiva de la resolución recurrida en el aspecto relativo al quantum indemnizatorio fijado, alegando que el salario diario que fija la resolución recurrida es el que corresponde a jornada completa y que como la actora sólo realizaba jornada parcial debe reducirse dicho salario e indemnización en proporción. La Sala, en la labor de cuasi construcción del recurso, entiende que se denuncia como infringido el art. 56.1.a) LET. El motivo no prospera por cuanto: a) la resolución recurrida en el hecho primero de probados fija el salario mensual de la actora en 86.963 ptas. mes, este hecho no ha sido combatido en debida forma; b) la actora en demanda solicitaba un salario de 107.000 ptas. mes; c) la juzgadora de instancia razona que el salario que declara probado es el aceptado por las demandadas en acto de juicio, y así consta en el acta sin que se hiciese en tal momento especificación alguna de que tal salario era el de jornada completa; por otra parte mal puede acudirse en vía de recurso a un convenio como prueba de lo que se afirma, cuando dicho convenio no obra en las actuaciones, ni consta cual sea, por todo ello y teniendo en cuenta que la indemnización ha de calcularse con arreglo al salario real que viniera percibiendo la actora, y que debe constar como probado en la sentencia, calculada la indemnización en razón a este no existe vulneración alguna desestimándose el motivo invocado.

La segunda alegación/motivo, viene a invocar que no ha existido subrogación empresarial alguna entre las codemandadas sino una simple cesión de uso del local donde se desarrollaba la actividad. La Sala estima que se pretende invocar como

infringido el art. 44 LET. El motivo no puede ser atendido, la juzgadora de instancia razona en el fundamento de derecho segundo que la responsabilidad solidaria de las codemandadas deviene, no de una sucesión empresarial ex art. 44 LET, sino de que ambas constituyen una única unidad productiva, con confusión patrimonial, de socios y de administración que las constituye en empresarios únicos de la actora, con responsabilidad solidaria, a tenor del art. 1 LET, por lo tanto mal puede infringir la resolución recurrida una norma que no aplica.

La tercera alegación/motivo viene a invocar que no se superó en ninguno de los contratos de trabajo suscritos entre las partes la duración máxima permitida, partiendo de la afirmación de que ambos contratos fueron concertados para servicio determinado. Como la parte cita el RD 2.546/94 ha de entenderse que considera infringidos los arts. 2 y 3 de dicho decreto. El motivo no puede prosperar por cuanto el primero de los contratos fue concertado por circunstancias de la producción “exceso de pedidos”, dicho contrato razona el juzgador de instancia es nulo en cuanto a la temporalidad del mismo por cuanto no especifica con claridad la causa de la temporalidad, y ello es cierto, y además excedió su duración máxima de seis meses por lo que se convirtió en indefinido, como consecuencia de ello y vinculado a la unidad patronal de ambas mercantiles el segundo contrato de trabajo, celebrado –sin solución de continuidad-, como temporal carece de causa tal temporalidad al haber alcanzado la actora la condición de fija de la empresa única, por ello el finiquito, con el que pretende ponerse fina al primero de dichos contratos en base a aquella temporalidad, carece de fuerza extintiva contractual pues como indica esta sala en R. 3.454-99 y SCT 06.05.77, si el finiquito se refiere a la extinción de un contrato temporal y el contrato resulta ser por tiempo indefinido, tal finiquito no es válido en este aspecto. Establecido lo anterior, el segundo de los contratos celebrado entre las partes, no para obra o servicio determinado, como señala el recurrente con cita de la cláusula cuarta del mismo referida al periodo de prueba, sino “para atender circunstancias de la producción” consistentes en “prestar un nuevo servicio al cliente en su fase de lanzamiento”, incurre además en el vicio del anterior y por tanto en nula la temporalidad pactada, que como ya se dijo no cabía por haberse convertido en indefinido el anterior contrato, por ello el último finiquito que se firma, incurre en el mismo defecto que el anterior y por ello solo tiene valor liberatorio entre las partes en relación con las cantidades abonadas a la actora mas no en cuanto a la extinción de un contrato temporal que no lo era, por ello no incurre la resolución recurrida en defecto alguno.

La cuarta y quinta de las alegaciones/motivos del recurso, incide en el valor probatorio y liberatorio de los finiquitos, en particular el último de los firmados entre las partes citando como infringidos el art. 1.214 y 1.281 del Código Civil, pretendiendo sostener que el juzgador de instancia no ha atendido al valor de la prueba documental (los finiquitos) ni a la voluntad de las partes expresada en los mismos, esto es la extinción de los contratos de trabajo sin que la actora tuviera nada mas que reclamar, el motivo no puede ser acogido por cuanto como tiene señalado el Tribunal Supremo, desde la Sentencia de 30.09.92 (RJ 1992\6.830), dictada para la unificación de doctrina, y aun partiendo de la reiterada doctrina sobre el carácter liberatorio de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo que tiene el llamado recibo de saldo y finiquito para las partes que lo firman al término del mismo, viene estableciendo que “el acuerdo que se plasma en tal documento ha de estar sujeto a las reglas de la interpretación de los contratos que establecen los artículos 1.281 y siguientes del Código Civil, pues no se trata de una fórmula sacramental con efectos preestablecidos y objetivados”, consecuentemente y conforme a tales normas hermenéuticas, artículo 1.282 del mismo código, «para juzgar de la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato», debiendo entenderse comprendidos también los actos anteriores conforme a reiterada jurisprudencia (STS 30.03.74), doctrina que aplicada al presente supuesto conlleva la desestimación del motivo pues mal podrían tener las partes intención de extinguir un contrato de trabajo calificado de temporal que ha devenido en indefinido y que es seguido de otro contrato que se vuelve a calificar de temporal, tal actuación sería constitutiva de un verdadero fraude en la contratación que no puede ser admitido, por ello el vicio del primer contrato se extiende al segundo y el recibo de finiquito para este, basado en la temporalidad carece de tal valor liberatorio, por todo lo cual se rechazan los citados motivos y el recurso confirmándose la resolución recurrida.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 202 LPL al confirmarse la resolución recurrida procede decretar la pérdida del depósito constituido para recurrir y dése a las consignaciones efectuadas el destino legal. Igualmente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 233 LPL, procede imponer las costas del presente recurso al recurrente, condenándole al abono de 25.000 ptas. en concepto de honorarios del letrado de la parte actora impugnante del recurso.

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

Fallamos

Que desestimamos el recurso de suplicación formulado por “H., S.L.” contra la sentencia dictada el 25.08.99 por el Juzgado de lo Social nº 3 de Pontevedra en autos nº 357/99 seguidos a instancias de M.P.F.P., sobre despido contra el recurrente, “L.A.C., S.L.” y contra C.H.V., resolución que se mantiene en su integridad. Una vez firme esta resolución dése a las consignaciones efectuadas el destino legal, y se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir. Igualmente, procede imponer las costas del presente recurso al recurrente, condenándole al abono de 25.000 ptas. en concepto de honorarios del letrado de la parte actora impugnante del recurso.

2897 RECURSO N° 499/00

S. S.

**POSIBILIDADE DE DEBATER EN PREITOS
POR DESPEDIMENTO CAL SEXA O
SALARIO PROCEDENTE.**

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

A Coruña, a tres de marzo de dos mil.
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. 499/2000 interpuesto por don A.E.G. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don A.E.G. en reclamación de despido siendo demandado el Ayuntamiento de A Bola en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 839/99 sentencia con fecha 21 de diciembre de 1999 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 A.E.G., ha venido prestando servicios para el demandado Ayuntamiento de A Bola, como aparejador municipal desde el 17 de noviembre de 1992. Dicha prestación de servicios consistía en emitir

informes acerca de las solicitudes de licencias de obras presentadas por particulares en el concejo demandado, para lo cual acudía una vez al mes al concejo para recoger dichas solicitudes, girando visitas de inspección a los lugares en que se pretendían efectuar las obras y emitiendo el correspondiente informe. Por dichos servicios comenzó percibiendo una retribución mensual de 23.000 pesetas pasando posteriormente a percibir 24.150 pesetas y posteriormente 25.000 pesetas y percibiendo actualmente una retribución mensual de 27.000 pesetas desde abril de 1998./ SEGUNDO.- En fecha 4 de octubre pasado el actor recibió comunicación escrita del organismo demandado del siguiente tenor literal: “Muy Sr. Mío.- Me veo en la obligación de comunicarle que debido a la carencia de recursos económicos de este ayuntamiento, y dentro del plan de saneamiento de la hacienda municipal que como responsable de la administración de este ayuntamiento me propongo llevar a cabo, se ha previsto la eliminación de una serie de gastos corrientes entre los que se encuentran los honorarios que se le satisfacen mensualmente por sus servicios como aparejador de este ayuntamiento. Por consiguiente en la confianza de que entienda la decisión tomada como necesidad ineludible a partir del día 1º de octubre próximo, se considera rescindida su relación con el ayuntamiento. Le agradezco los servicios portados durante estos años en que ha ejercido a plena satisfacción su servicios profesionales al ayuntamiento que presido”./ TERCERO.- El actor no ostenta ni ha ostentado la condición de representante legal de los trabajadores./ CUARTO.- En fecha 15 de octubre pasado, el actor interpuso reclamación previa, en reclamación por despido la cual no consta haya sido contestada”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por don A.E.G. contra la empresa Ayuntamiento de A Bola debo declarar y declaro improcedente el despido del actor llevado a cabo por la demandada el uno de octubre de mil novecientos noventa y nueve y, en consecuencia, condeno a la referida empresa a que a su opción readmita al actor en su mismo puesto de trabajo y condiciones que regían antes de producirse el despido o que le indemnice la cantidad de doscientas setenta y ocho mil doscientas doce pesetas, debiendo en todo caso la empresa abonar al actor los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de esta sentencia advirtiéndose que la antedicha opción deberá efectuarse por la empresa ante este juzgado en el plazo de los cinco días siguientes a la notificación de la presente resolución”.

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.- En su recurso frente a la sentencia parcialmente estimatoria de la demanda, el trabajador: (a).- Interesa la modificación del primero de los HDP, al objeto de que se añada “Debiendo percibir una retribución mensual de 265.212 pts (salario base, complemento de destino y dos trienios), con inclusión de la prorrata de gratificaciones extraordinarias, que es la correspondiente a los funcionarios del Grupo B, diplomados universitarios, técnicos de tipo medio, con nivel 24, de conformidad con lo dispuesto en el art. 26 de la Ley 30 de diciembre de 1998, número 49/1998, que rige los Presupuestos del Estado para el año 1999. Remuneración mensual sobre la que debe calcularse la indemnización por despido y salarios de tramitación, en base a la absoluta dedicación del actor a la entidad demandada, puesto que se encontraba a su total disposición, acudiendo siempre que lo precisaban y se le llamaba, aparte del día en el que obligatoriamente acudía cada mes a dicho ayuntamiento”. (b).- Denuncia la infracción del art. 27 del Estatuto de los Trabajadores.

SEGUNDO.- En primer término ha de salirse al paso de la afirmación que se hace por el ayuntamiento demandado respecto de que en los procesos por despido ha de estarse al salario efectivamente percibido y no al que hipotéticamente pudiera tenerse derecho el trabajador. Ciertamente ha sido reiterada doctrina –de la que esta misma sala se ha hecho eco en diversas ocasiones: así, Sentencias de 28-octubre-94 AS 3.929, 16-marzo-95 R.635/95, 6-octubre-95 R. 3.979/95, 15-noviembre-95 R.4.617/95 y 12-mayo-97 R. 1.525/ 97– la de que el salario a computar como módulo a los efectos indemnizatorios y de tramitación ha de ser el percibido a la fecha del despido (con la peculiaridad de los trabajadores del mar: STSJ Galicia 14-septiembre-94 R. 3.515/94), resultando únicamente factible el plantear y resolver el extremo relativo a salario regulador diverso al realmente percibido tan solo en los supuestos excepcionales de unilateral reducción previa a la decisión extintiva o de que la retribución real fuese inferior al salario mínimo interprofesional; admitir lo contrario en los supuestos generales –se decía por tal doctrina– equivaldría a conculcar la norma prohibitiva sobre acumulación de acciones, establecida en el art. 27.2 LPL (SSTS 10-diciembre-86 Ar. 7.315, 24-julio-89 Ar. 5.909 y 2-febrero-90 Ar. 807).

Pero como recordábamos en sentencias de 25-noviembre-98 R.4.263/98 y de 18-octubre-99 R.

3.960/99, tal criterio no es que se ha consolidado en la jurisprudencia, sino que actualmente se sostiene (SSTS 21-septiembre-98 Ar. 7.296, 8-junio-98 Ar. 5.114, 12-abril-93 Ar. 2.922, 25-febrero-93 Ar. 1.441 y 7-diciembre-1990 Ar. 9.760) que «el debate sobre cuál debe ser el salario procedente es un tema de controversia adecuado al proceso de despido», pues se trata de un elemento esencial de la acción ejercitada sobre el que debe pronunciarse la sentencia y, en consecuencia, es «en el proceso de despido donde debe precisarse el salario que corresponde al trabajador despedido sin que se desnaturalice la acción ni deba entenderse que se acumula a ella en contra de la ley [...] una reclamación inadecuada».

TERCERO.- De todas formas la defectuosa formulación del motivo necesariamente ha de llevar a que el mismo sea rechazado. En primer término es inviable porque en gran medida va referida a conceptos claramente predeterminantes del fallo, anticipándolo, y que –por lo mismo– no pueden incluirse entre los hechos declarados probados y en su caso tendrían adecuada ubicación en la fundamentación jurídica (a título de ejemplo, las SSTS 19-junio-89 Ar. 4.811 y 7-junio-94 Ar. 5.409; STSJ Galicia 25-enero-99 R. 47/96, 27-enero-99 R. 5.908/96, 13-mayo-99 R. 1.847/96, 3-junio-99 R. 2.604/96, 15-julio-99 R. 1.963/97, 15-julio-99 R. 1.976/97...); únicamente cabría atribuir componente fáctico al inciso “se encontraba a su total disposición, acudiendo siempre que lo precisaban y se le llamaba, aparte del día en el que obligatoriamente acudía cada mes a dicho ayuntamiento”.

Pero aún concretado el apartado revisorio en tales extremos, también ha de recordarse que la suplicación es un recurso extraordinario y no una apelación que permita valorar nuevamente toda la prueba obrante en autos, por lo que sólo permite una excepcional fiscalización de la labor de valoración probatoria llevada a cabo en la instancia, en tanto que a tales efectos únicamente son invocables documentos y pericias, careciendo de todo valor la testifical y la confesión judicial, y exclusivamente en tanto evidencien por sí mismos el error sufrido en la instancia, de manera que –por ello– a los efectos modificativos del relato de hechos siempre son rechazables los posibles argumentos y las conjuras e interpretaciones valorativas más o menos lógicas del recurrente (valgan por todas las SSTS de 17-octubre-90 Ar. 7.929 y 13-diciembre-90 Ar. 9.784), hasta el punto de que –precisamente– se haya dicho que la certidumbre del error excluye toda situación dubitativa, de manera que si la parte recurrente no aduce un hábil medio revisorio y el mismo no acredita palmarriamente el yerro valorativo del juzgador, estaremos en presencia del vano e interesado intento de sustituir el objetivo criterio judicial por el comprensiblemente subjetivo de la

propia parte (así, SSTSJ Galicia 12-febrero-98 R. 5.112/97, 3-junio-98 R.2.075/98, 30-octubre-98 R. 3.570/98, 21-enero-99 R. 57/96, 21-enero-99 R. 22/96, 26-febrero-99 R. 585/96, 23-marzo-99 R. 794/99, 10-junio-99 R. 2.689/96, 11-junio-99 R. 2.133/96...). Y la circunstancia de que el recurso intente apoyar la modificación de los hechos exclusivamente en prueba testifical y de confesión, por necesidad ha de llevar –conforme a la doctrina antes citada– a rechazar tal pretensión.

CUARTO.- En último término se ha de destacar que el recurso únicamente sostiene, en el apartado de examen del derecho, la infracción del art. 27 ET; pero como tal denuncia se dirige a modificar el importe de los salarios de tramitación y de la indemnización fijadas en la sentencia, es claro que la cita de precepto relativo al SMI no es suficiente a los fines pretendidos, sino que la denuncia debiera extenderse a las normas relativas a la fijación de aquellas consecuencias legales (arts. 56 ET y 110 LPL). Y no puede omitirse que el recurso de suplicación no se halla exento de un mínimo formalismo en su planteamiento, tal como se desprende de su regulación en los arts. 188 y sigs. LPL y muy particularmente de las prevenciones contenidas en el art. 194 LPL (“en el escrito de interposición del recurso se expresarán, con suficiente precisión y claridad, el motivo o los motivos en que se ampare, citándose las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que se consideren infringidas”). Y este precepto –sostiene unánime doctrina jurisprudencial– obliga a denunciar y razonar adecuadamente la infracción de una específica disposición legal, por cuanto que la parte dispositiva de la sentencia que se recurre –exclusivo objeto final del recurso– únicamente es rectificable en virtud de una apreciada vulneración infracción normativa que previamente se hubiese señalado y argumentado, siendo incontestable doctrina jurisprudencial la de que la ausencia de apartado de examen del derecho en el recurso y/o la falta de una correcta denuncia de vulneración de disposiciones legales o jurisprudencia, determinan que el recurso devenga estéril y deba ser desestimado, dada la inutilidad de una revisión fáctica que no puede trascender a la parte dispositiva (en tal sentido, y por citar algunas recientes, las SSTSJ Galicia 10-febrero-99 R. 4.877/96, 12-marzo-99 R. 5.671/96, 26-marzo-99 R. 910/99, 14-abril-99 R. 1.589/96, 10-mayo-99 R. 1.894/96, 13-mayo-99 R. 855/97, 15-julio-99 R. 1.956/97, 15-septiembre-99 R. 3.460/96, 15-octubre-99 R. 4.104/96, 20-octubre-99 R. 4.359/97, 30-octubre-99 R. 4.419/99, 30-octubre-99 R. 5.159/97, 15-diciembre-99 R. 4.972/96, 17-diciembre-99 R. 5.386/96, 20-diciembre-99 R. 162/98, 21-enero-00 R. 5.254/99...); en la misma forma de que esa naturaleza extraordinaria del recurso –STS 7-mayo-1996 Ar. 4.381– implica que el tribunal de

suplicación tan sólo deba examinar –cuestiones de orden público procesal aparte– aquellas infracciones legales que hayan sido aducidas por la parte o partes recurrentes, no siéndole hacedero abordar las infracciones no denunciadas o que no lo hubiesen sido con arreglo a las referidas formalidades, porque –STS 24-junio-1992 Ar. 4.669– el incumplimiento de tal carga procesal de la parte no puede ser suplida por el órgano judicial, abocado a la neutralidad y a velar por el equilibrio procesal y tutela judicial en los términos exigidos por el art. 75 de la LPL que, en la fase actual del recurso, actúa como causa de inadmisión. En consecuencia,

Fallamos

Que inadmitiendo el recurso interpuesto por don A.E.G., declaramos firme la sentencia que con fecha 21-diciembre-1999 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social número dos de los de Orense, y por la que se estimó parcialmente la demanda que sobre despido había sido interpuesta contra el AYUNTAMIENTO DE A BOLA.

2898 RECURSO N° 532/00

S. S.

CADUCIDADE DO MANDATO DE DELEGADO DE PERSONAL, TRALO TRANSCURSO DOS SEUS CATRO ANOS DE DURACIÓN, Ó QUEDAR REDUCIDO A CINCO TRABALLADORES O CADRO DE PERSOAL DA EMPRESA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio González Nieto

A Coruña, a tres de abril de dos mil.

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. 532/00 interpuesto por don J.C.M. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don J.C.M. en reclamación de tutela de libertad sindical siendo demandado “T., S.A.”, Ministerio Fiscal y don J.L.L.F. en su

día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 745/99 sentencia con fecha veintiséis de noviembre de mil novecientos noventa y nueve 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 don J.C.M., presta sus servicios para la empresa “T., S.A.”, desde el 15 de abril de 988, con la categoría profesional de conductor-mecánico y con un salario mensual de 187.128 pesetas.- Ha ostentado la representación de los trabajadores, siendo elegido delegado de personal en representación de la Central Sindical Confederación Intersindical Galega, en las elecciones celebradas en la empresa en julio de 1995, hasta septiembre de 1999.- **SEGUNDO**.- El día 10 de febrero de 1999 el actor sufre un accidente de tráfico con el camión que conducía, y que según el informe de la agrupación de tráfico, que obra en autos, pudo deberse a que en un tramo curvo, el firme probablemente helado, el semiremolque pierde adherencia sobre la vía, perdiendo el conductor el control sobre el mismo, haciendo el efecto “tijera” e invadiendo el carril contrario de circulación, colisionando en un turismo. Según el mencionado informe el accidente pudo haberse producido como consecuencia de circulación a velocidad inadecuada para el trazado y condiciones de la vía (tamo curvo, señalizado y helado). Según los demandados han interpuesto demanda civil, contra don J.C.M., autos (folios 2) en relación a estos hechos.- **TERCERO**.- El actor interpuso demanda sobre vacaciones el 15 de febrero de 1999, y una vez celebrado el juicio correspondiente, se dictó sentencia por este juzgado el día 4 de marzo de 1999, estimando la misma. Autos (folio 3).- **CUARTO**.- En escrito de fecha 22 de marzo de 1999 “T., S.A.”, le comunica al actor que a partir del día 29 de marzo de 1999 y hasta el 8 de abril del mismo año, disfrutará de 11 días de vacaciones. El actor presenta demanda sobre vacaciones siendo estimada tal y como consta en Autos (folio 5).- **QUINTO**.- El 30 de abril de 1999 la empresa comunica a don J.C.M. que prestará sus servicios en la nave que la misma tiene en el polígono del..., el actor presenta la correspondiente demanda sobre reclamación por modificación en las condiciones de trabajo, siendo estimada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Lugo en fecha 26 de octubre de 1999.- **SEXTO**.- El 12 de agosto de 1999 la empresa “T., S.A.” procede a modificar el horario de trabajo del actor, interponiendo éste demanda ante este juzgado, estimándose la misma en Sentencia de fecha 22 de septiembre de 1999.- **SÉPTIMO**.- Un nuevo escrito de la empresa con fecha 26 de agosto de 1999, comunicándole al actor, el acuerdo de la empresa, por el que se le impone una sanción económica de 25.000 pesetas

y un día de salario a descontar de la nómina de agosto.- **OCTAVO**.- El 2 de septiembre de 1999 la empresa pone en conocimiento del actor que desde el 1 de septiembre cuenta con 5 empleados y por ello la figura del delegado de personal deja de tener sentido. Se aporta TC-2 que consta en autos”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “**FALLO**: Que desestimando la demanda presentada por don J.C.M., contra la empresa “T., S.A.”, y contra su titular don J.L.L.F., habiendo sido parte el MINISTERIO FISCAL, debo absolver y absuelvo a los demandados de todas 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.- Por el actor se interpone recurso de suplicación contra la sentencia que desestimó su demanda sobre tutela de la libertad sindical, pretendiendo como primer motivo del recurso, con adecuado amparo procesal la revisión de los hechos declarados probados, y en concreto se modifique el párrafo 2º del ordinal 1º, a fin de que quede redactado del tenor literal siguiente: “Ostenta la representación de los trabajadores siendo elegido delegado de personal por la Confederación Intersindical Galega en las elecciones celebradas en julio de 1995”. Modificación que se rechaza por cuanto no contradice al indicado ordinal y lo que en realidad se pretende es la supresión de la frase “hasta septiembre de 1999”, sin que aporte documental alguna, y así se desprende del art. 67.3 del E.T. en donde se señala que el mandato de los delegados de personal es por cuatro años. Se interesa igualmente la modificación del ordinal 8º de la sentencia recurrida a fin de que quede redactado del tenor literal siguiente: “El 2 de septiembre de 1999 la empresa comunica al demandante que por contar desde el día 1 con únicamente 5 trabajadores entiende que la figura de delegado de personal carece de sentido, por lo que le insta a abandonar tal cargo representativo”. Modificación que se acepta, al estar acreditado por la documental (existente al folio 51 de los autos), si bien es irrelevante de conformidad con lo que se razonará en la fundamentación jurídica. Se pretende igualmente la modificación del inciso final del párrafo 2º del ordinal 2º: “según los demandados han interpuesto demanda civil contra don J.C.M. en relación a estos hechos”, por el siguiente texto: “Los demandados interpusieron demanda civil contra el demandante a causa del accidente de tráfico habido. Sin embargo, no

interpusieron nunca con anterioridad una demanda civil contra ningún conductor por hechos semejantes, ni en concreto formularon demanda contra otro compañero, llamado N.S.M.M., quien por las mismas fechas sufrió un accidente similar, saliéndose de la carretera también por el efecto “tijera”, si bien en este accidente el camión se salió sólo de la carretera, no circulando en esos momentos otro vehículo por la misma. Modificación que si bien se acepta, en cuanto al primer párrafo, al estar acreditado documentalmente, no así en cuanto al resto de la redacción alternativa que se pretende, al estar amparada en prueba testifical, medio no idóneo a efectos revisorios. Se interesa que al ordinal tercero se adicione un párrafo del siguiente tenor: “fue notificada a la empresa con fecha 16 de marzo de 1999”. Adición que se acepta al estar acreditado documentalmente (a los folios 59 a 62 de los autos). Interesa igualmente la modificación del ordinal sexto a fin de que quede redactado del tenor literal siguiente: “El 12 de agosto de 1999 la empresa “T., S.A.”, procede a modificar la jornada y horario del trabajador, estableciendo una jornada de lunes a viernes de 8 a 15 h., y los sábados de 8 a 13 h; interponiendo el trabajador demanda contra tal modificación sustancial, estimada por medio de sentencia de 22 de septiembre de 1999, que repone al operario en su anterior jornada y horario, consistente en prestar servicios únicamente de lunes a viernes, y en jornada partida de 9 a 13 h., y de 16 a 20 h.”. Modificación que si bien se acepta al estar acreditado, es irrelevante, de conformidad con lo que se razonará en la fundamentación jurídica de la sentencia. Interesa la modificación del ordinal séptimo a fin de que se adicione al mismo un texto del tenor literal siguiente: “La falta grave consiste en retener el camión ante toda la tarde del día 25 de agosto”. Adición que se acepta al estar acreditado documentalmente (al folio 84 de los autos). Igualmente se interesa se adicione un párrafo segundo al ordinal séptimo del tenor literal siguiente: “El demandante fue sancionado por carta de fecha 25 de octubre de 1999 por no presentarse al trabajo el Sábado día 23 de octubre, imponiéndosele una multa de 20.000 pesetas así como el descuento de un día de trabajo”. Adición que igualmente se acepta, al estar acreditado por la documental (obrante al folio 93). Y en último término se interesa se adicione un nuevo ordinal, el noveno del tenor literal siguiente: “Por sentencia de 5 de diciembre de 1996 fue estimada la demanda de tutela de libertad sindical presentada por don J.C.M. contra la mercantil “T., S.A.” y contra don J.L.L.F. Posteriormente el 17 de diciembre de igual año fue declarada una huelga indefinida en la empresa “T., S.A.” formando el demandante parte del comité de huelga”. Adición que se acepta al estar acreditado

por la documental (existente a los folios 95 y siguiente de los autos), si bien es irrelevante.

SEGUNDO.- Como segundo motivo -sobre examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida- se denuncia infracción del art. 179.2 de la L.P.L., alegando fundamentalmente, que se había producido una vulneración del derecho a la libertad sindical, pues, el delegado de personal de la empresa fue cesado en sus funciones sin que concurrieran circunstancias que justificaran tal medida, habiendo sufrido una actitud discriminatoria por parte de aquélla en materia de vacaciones, modificación de las condiciones y horas de trabajo, sanción económica, que dio lugar a las correspondientes demandas que terminaron por sentencia favorable a la pretensión del actor, y que de conformidad con el art. 179.2 de la L.P.L. una vez constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho a la libertad sindical, corresponderá al demandado -en este caso a la empresa- la aportación de una justificación objetiva y razonable suficientemente probada de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. Para una mas acertada resolución de esta litis, se ha de tener en cuenta: A) Conforme tiene declarado reiterada doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo (STC 38/1986, de 21 de marzo; 14/1993, de 18 de enero; 180/1994, de 20 de junio; 85/95 de 6 de junio; STS de 27 de septiembre de 1993, Ar. 7.045), “cuando se alegue por el trabajador que un acto del empresario encubre una conducta lesiva a sus derechos fundamentales, o una represalia por su ejercicio legítimo, incumbe al empresario probar que tal acto obedece a motivos razonables y ajenos a aquel propósito. Con ello se responde no sólo al interés de tutelar de manera primordial los derechos fundamentales, sino a la dificultad que en la práctica encuentra el trabajador para probar la existencia de una actuación lesiva a aquellos derechos (SSTC 38/1981, 104/1987, 114/1989, 135/1990, 197/1990, 21/1992, 266/1993 y 293/93). Pero igualmente tampoco se ha de situar al empresario ante la prueba diabólica de un hecho negativo, como es la inexistencia del referido móvil lesivo, y que sólo se le puede exigir el acreditamiento de que su proceder obedece a motivos razonables ajenos a todo propósito contrario al derecho fundamental en cuestión. A lo que debe añadirse que para imponer esta carga probatoria al empresario no basta la simple alegación por parte del trabajador, sino que ha de comprobarse la existencia de indicios de que la causa atentatoria a un derecho fundamental se hubiera producido (SSTC 135/1990, 21/1992, 266/1993); y a ello se refieren, precisamente los arts. 96, 179.2 y 181 de la L.P.L que precisan, que de lo alegado por la parte actora se ha de deducir la existencia de indicios de discriminación por razón de sexo, por

motivos sindicales o por vulneración de los demás derechos fundamentales. B) La tutela de los derechos fundamentales está articulada en el ordenamiento jurídico con un grado de protección de fuerte intensidad como se desprende del art. 53 de la Constitución Española, de las normas que lo desarrollan y de la jurisprudencia que las interpreta, y por eso dada la grave dificultad, que comporta el acreditar la voluntad discriminatoria, el art. 96 de la LPL, establece una especie de contrapeso procesal a la posición en principio prevalente del demandado y, una vez que aparecen los indicios de violación de un derecho fundamental, impone una corrección a los principios de la carga de la prueba del art. 1.214 del Código Civil para hacer que ésta se desplace al demandado, no para que acredite la inexistencia del ataque que, como prueba que versa sobre hechos negativos es difícilmente practicable, sino que le impone la carga procesal de acreditar que su actuación ha estado movida por causas objetivas o razonables que excluyen la voluntad discriminatoria o lesiva del derecho fundamental y esto no viola el principio de igualdad de armas que deben inspirar el proceso, sino que viene a recomponer el desequilibrio que normalmente se produce en lo laboral, y más en materia de derechos fundamentales, por lo que se entiende que sólo pretende acercarse al principio de igualdad real proclamado en el art. 9.2 CE. C) El art. 67.1 párrafo 3º del Estatuto de los Trabajadores señala: "los Convenios Colectivos podrán prever lo necesario para acomodar la representación de los trabajadores a las disminuciones significativas de plantilla que puedan tener lugar en la empresa. En su defecto, dicha acomodación deberá realizarse por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores; y en su párrafo 3º "la duración del mandato de los delegados de personal... será de cuatro años entendiéndose que se mantendrán en funciones en el ejercicio de sus competencias y de sus garantías hasta tanto no se hubiesen promovido y celebrado nuevas elecciones. Solamente podrán ser revocados los delegados de personal... durante su mandato por decisión de los trabajadores que los hayan elegido mediante asamblea convocada al efecto a instancia de un tercio como mínimo de los electores y por mayoría absoluta de éstos mediante sufragio personal, libre directo y secreto, no obstante esta revocación no podrá efectuarse durante la tramitación de un Convenio Colectivo, ni replantearse durante al menos transcurridos 6 meses". A la vista de los hechos declarados probados, ha quedado acreditado que el actor "don J.C.M., presta sus servicios para la empresa "T., S.A.", desde el 15 de abril de 1988, con la categoría profesional de conductor-mecánico y con un salario mensual de 187.128 pesetas.- Ha ostentado la representación de los trabajadores,

siendo elegido delegado de personal en representación de la Central Sindical Confederación Intersindical Galega, en las elecciones celebradas en la empresa en julio de 1995, hasta septiembre de 1999.- El 2 de septiembre de 1999 la empresa pone en conocimiento del actor que desde el 1 de septiembre cuenta con 5 empleados y por ello la figura del delegado de personal deja de tener sentido, por lo que le insta a abandonar tal cargo representativo. Esto sentado, el problema fundamental en la presente litis, consiste en determinar, si al haber quedado reducido el número de trabajadores a una cantidad inferior a 6, lo que motivó que la empresa le comunicase dicha circunstancia, instándole a abandonar tal cargo representativo, -como se sostiene por el actor-, supone un atentado a la libertad sindical, debiendo esperarse a la celebración de nuevas elecciones, o, por el contrario, -como se sostiene por la empresa- habiéndose producido la finalización de su mandato y careciendo de sentido un nuevo nombramiento al haberse reducido el número de trabajadores a cinco, se trata de una actuación objetiva y proporcionada y en ningún caso discriminatoria y atentatoria al derecho sindical. Aceptándose esta segunda conclusión, pues, aun sin desconocer, que como acertadamente se razona por la magistrado de instancia, a raíz del accidente sufrido por el actor, la empresa ha tomado de forma constante decisiones que una y otra vez han buscado dificultar el trabajo de aquél, quizás con el ánimo de que al verse sometido a esa presión decidiera abandonar la empresa en ningún caso puede aceptarse que se hayan conculado derechos fundamentales, al instarle a abandonar tal cargo representativo, pues, como ha señalado esta sala en su sentencia de 16 de junio de 1999 (Recurso nº 2.351/99) "debe entenderse ajustado a derecho el criterio sostenido por la recurrida, pues de conformidad con la doctrina sentada por la STC 57/1989, de 16 de marzo, la prórroga del mandato representativo que previene el inciso final del art. 67.3 ET no significa autorizar a los promotores de las elecciones a mantenerla indefinidamente o por tiempo superior al estrictamente necesario al objeto de evitar vacíos de representación; lo que supone que si bien no hay caducidad automática del mandato a su término, tampoco comporta una prórroga por tiempo indefinido ni superior al estrictamente necesario para la promoción y celebración de nuevas elecciones; prórroga ésta sin término cierto pero que -como señala la STSJ de Andalucía-Sevilla de 24 de abril de 1998 (Ac. Lab. nº 1.138)- exige una condición esencial, cual es "la posibilidad de promoción y celebración de esas nuevas elecciones", de modo que no cabe que el representante goce de un mandato ilimitado cuando esa promoción ha "devenido imposible", como así ocurre en el supuesto

presente al haber descendido el número de trabajadores del centro de trabajo -donde el actor había resultado elegido- a una cantidad inferior a seis (art. 62.1 ET), pues en tal caso se produce la caducidad de su mandato. A la interpretación expuesta no se opone la dicción literal del párrafo último del art. 67.1 del ET cuando establece que los convenios colectivos podrán prever lo necesario para acomodar la representación de los trabajadores a las disminuciones significativas de plantilla que puedan tener lugar en la empresa. En su defecto, dicha acomodación deberá realizarse por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, pues el precepto se asienta sobre el presupuesto y la finalidad de que continúe existiendo en el centro de trabajo la posibilidad de representación y, por tanto, de promoción y celebración de nuevas elecciones, ya que, en otro caso, la negociación y el acuerdo se convierten en algo imposible e innecesario". Por ello, la actuación de la empresa, consistente en desconocer la representatividad del actor por entender que se había producido la finalización de su mandato (art. 67.3 del ET), no puede estimarse como lesiva del derecho fundamental a la libertad sindical, ni tampoco como una intromisión en el derecho de los trabajadores a elegir libremente a sus representantes, ya que a la empresa le asiste un indudable interés en conocer si se ha producido o no la caducidad del mandato representativo que el actor ostentaba, por afectar la subsistencia de dicho mandato a los derechos y obligaciones derivadas de la relación laboral y a las garantías inherentes a su condición o no de delegado de personal, sin que ello haya supuesto interferencia alguna en los derechos sindicales de su empleado. Procede por tanto, desestimar el recurso y confirmar íntegramente el fallo combatido.

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por don J.C.R. , contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Lugo, de fecha veintiséis de noviembre de mil novecientos noventa y nueve, dictada en autos seguidos a instancia del recurrente contra "T., S.A.", Ministerio Fiscal y don J.L.L.F. sobre tutela de libertad sindical, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la resolución recurrida.

2899 RECURSO N° 571/00

S. S.

REAPERTURA DO CÓMPUTO DO PRAZO DE CADUCIDADE DA ACCIÓN DE DESPEDIMENTO, POR APLICACIÓN DA DOUTRINA DO EMPRESARIO APARENTE.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Luis Martínez López

A Coruña, a cuatro de marzo de dos mil.
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. 571/00 interpuesto por doña M.J.B.D. y doña T.L.O. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de Santiago de Compostela.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 551/99 se presentó demanda por doña M.J.B.D. y doña T.L.O. en reclamación sobre despido siendo demandados el Excmo. Ayuntamiento de Santa Eugenia de Ribeira, el Patronato Deportivo Municipal de Ribeira y la Asociación Cultural y Deportiva "A.F." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 14 de diciembre de 1999 por el Juzgado de referencia que estimó la excepción de caducidad de la acción de despido, sin entrar a conocer sobre el fondo del asunto.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- que las actoras comenzaron a prestar servicios como monitoras de natación y socorristas en la Piscina Municipal "A.F." de Ribeira, propiedad del Ayuntamiento de Ribeira y explotada por el Patronato Municipal de Deportes, Organismo Autónomo dependiente del mismo desde marzo de 1991, siendo retribuidas en mano o por medio de cheque, sin suscribir contrato alguno y sin ser dadas de alta en la Seguridad Social./ SEGUNDO.- Que en fecha dos de febrero de mil novecientos noventa y cinco se constituyó la Asociación Cultural y Deportiva "A.F.", teniendo como fines la organización de actividades culturales y deportivas diversas, tales como la lectura comentada de libros y revistas, la

proyección de películas y diapositivas, la audición de discos de música de calidad y demás actividades musicales, conferencias charlas de divulgación cultural, actividades de fomento del teatro, la visita a museos, la protección del patrimonio artístico, la organización de exposiciones, campeonatos deportivos y, en general, cuantas actividades culturales y deportivas puedan desarrollar, siendo debidamente legalizada. Doña T.L.O. fue elegida presidenta de la misma y doña M.J.B.D. vocal, en Asamblea General Extraordinaria celebrada el once de febrero de mil novecientos noventa y cinco./ TERCERO.- En fecha once de marzo de mil novecientos noventa y ocho la Asociación Cultural y Deportiva "A.F." celebró Asamblea General Extraordinaria, resultando elegido presidente de la misma don J.C.B.L./ CUARTO.- Que siendo presidenta doña T.L.O., la asociación citada realizó gestiones para la suscripción de convenio de colaboración con el Patronato Deportivo Municipal del Ayuntamiento de Ribeira, suscribiéndose el mismo en fecha diecinueve de marzo de mil novecientos noventa y ocho, siendo ya presidente don J.C.B.L. En el clausulado del convenio se establecieron, entre otros puntos, los siguientes: Promocionar el deporte en el término municipal de Ribeira, tanto a través de las actividades propias de la asociación como por medio de las escuelas deportivas municipales y los centros de enseñanza pública; colaborar con el Patronato Deportivo Municipal en la organización de actividades deportivas; proporcionar el personal técnico necesario para el buen funcionamiento de las actividades objeto de este convenio, mediante la contratación de entrenadores o monitores debidamente cualificados. El patronato se comprometía a entregar a la asociación una subvención mensual destinada al pago de todos los gastos derivados de la contratación del personal técnico./ QUINTO.- Que el Patronato Municipal de Deportes ingresaba mensualmente a la asociación cantidades comprendidas entre las novecientas diecisésis mil pesetas (916.000 pts.) y las novecientas treinta y nueve mil pesetas (939.000 pts.)./ SEXTO.- Que doña M.J.B.D. percibía una retribución mensual de cien mil pesetas (100.000 pts.) y doña T.L.O. de ochenta y ocho mil pesetas (88.000 pts.)./ SÉPTIMO.- Que la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social giró visita a la Piscina Municipal "A.F." de Ribeira a partir del veintiséis de mayo de mil novecientos noventa y nueve, levantándose las correspondientes actas de infracción por falta de alta y afiliación y actas de liquidación de cuotas del período comprendido entre el uno de enero de mil novecientos noventa y cinco y el treinta y uno de mayo de mil novecientos noventa y nueve al Ayuntamiento de Ribeira./ OCTAVO.- Que en fecha uno de julio de mil novecientos noventa y

nueve el concejal delegado de deportes del Ayuntamiento de Ribeira manifestó a las actoras que no se contaba con ellas./ NOVENO.- que las actoras no han ostentado la condición de representantes legales o sindicales de los trabajadores en el año inmediatamente anterior a su cese./ DÉCIMO.- Que las actoras formularon la correspondiente reclamación previa ante el Ayuntamiento de Ribeira y el Patronato Municipal de Deportes el día diecinueve de julio de mil novecientos noventa y nueve, siendo desestimada por resolución de fecha dieciocho de agosto de mil novecientos noventa y nueve, notificada a las actoras en la misma fecha, presentando éstas demanda ante los Juzgados de lo Social de esta ciudad el día diecinueve de agosto de mil novecientos noventa y nueve, siendo turnada a este juzgado y ampliando demanda contra la Asociación Cultural y Deportiva "A.F." en fecha veintisiete de agosto de mil novecientos noventa y nueve."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que desestimando la excepción de falta de legitimación pasiva formulada por la representación del Ayuntamiento de Ribeira y del Patronato Municipal de Deportes, desestimando la excepción de incompetencia de jurisdicción por razón de la materia formulada por la representación de la Asociación Cultural y Deportiva "A.F." y estimando la EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD de la acción de despido formulada por la representación de la Asociación Cultural y Deportiva "A.F.", debía absolver y absolvía a los demandados, sin entrar a conocer sobre el fondo de asunto."

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.- La sentencia de instancia se abstiene de entrar a conocer sobre el fondo de la acción de despido ejercitada por las demandantes al estimar la excepción de caducidad alegada por la representación legal de la codemandada Asociación Cultural y Deportiva "A.F."; y frente a dicha resolución interponen recurso de suplicación las actoras, proponiendo la revisión del relato histórico de la sentencia de instancia y denunciando la infracción de normas sustantivas, postulando la nulidad de la sentencia recurrida y la remisión de los autos al juzgado de origen para que dicte una nueva resolución que entre a conocer sobre el fondo de la cuestión planteada. El cese verbal, que nadie discute, se produjo el día 1 de julio de 1999 y las demandantes formularon la correspondiente reclamación previa

ante el Ayuntamiento de Ribeira y el Patronato Municipal de Deportes el día 19 de julio de 1999; al ser desestimada por resolución de 18 de agosto de 1999, notificada a las actoras el mismo día, presentan demanda ante el Juzgado de lo Social el día 19 de agosto del mismo año, ampliando la demanda contra la Asociación Cultural y Deportiva "A.F." en fecha 27 de agosto de 1999. El juzgador de instancia consideró que esta actuación constituye un auténtico fraude procesal, habida cuenta de que las actoras pudieron y debieron tener conocimiento de quien era, al menos aparentemente, su empresario o empleador, ya que según manifiestan en su demanda las retribuciones se las abonaba un compañero de trabajo que resulta ser el nuevo presidente de la asociación y, como quiera que a la fecha de la ampliación de la demanda contra dicha Asociación ya había transcurrido el plazo de 20 días, acoge la caducidad de la acción. Sin necesidad de entrar a analizar si procede o no la revisión fáctica propuesta por las recurrentes que, en buena medida afecta a la cuestión de fondo y lo que aquí se cuestiona es si la acción de despido ejercitada por las actoras estaba caducada, el tema, pues, a dilucidar estriba en determinar si la ampliación de la demanda contra la citada asociación, puede calificarse como una actuación fraudulenta como ha considerado el juzgador de instancia al estimar la excepción de caducidad. La base fundamental para llegar a tal conclusión ha sido que las actoras debieron tener conocimiento de que la asociación era su aparente empleador, ya que eran miembros de la misma y porque, según hacen constar en el escrito de demanda, las retribuciones se las abonaba un compañero de trabajo, que resulta ser el presidente de dicha asociación. Aunque admitamos tal circunstancia, existen otras lo suficientemente importantes y reveladoras para, cuando menos, poder dudar de que se pueda atribuir a tal asociación, con la contundencia que lo hace la resolución recurrida, la cualidad de empresario de las demandantes, tales como: a) las actoras venían prestando sus servicios como monitoras de natación y socorristas en la piscina municipal "A.F." de Ribeira, propiedad del ayuntamiento y explotada por el Patronato Municipal de Deportes, organismo autónomo dependiente del mismo desde marzo de 1991, siendo retribuidas a mano o por medio de cheque, sin suscribir contrato alguno y sin ser dadas de alta en la Seguridad Social; b) que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social como consecuencia de la visita girada a la piscina municipal, levantó las correspondientes actas de infracción por falta de alta y afiliación y actas de liquidación de cuotas del período comprendido entre el 1 de enero de 1995 y el 31 de mayo de 1999, imponiendo al ayuntamiento de Ribeira una sanción de 100.000 Pts y c) que ha sido el Concejal Delegado de

Deportes del Ayuntamiento de Ribeira quien el 1 de julio de 1999 manifestó a las actoras que no se contaba con ellas. Esta última circunstancia, por sí sola, excluye la mala fe en las actoras, pues el hecho de no dirigir inicialmente la demanda contra la asociación sino solo contra el ayuntamiento y el patronato, puede estar apoyada por la lógica y razonable deducción de que quien adopta tal decisión de dar por terminada la relación tiene que ser su empleador, al menos aparentemente, aunque después resulte, al entrar a analizar la cuestión de fondo, que pudiera resultar otro. Por ello, en principio, es lógico pensar que la demanda por despido promovida por las actoras se dirigió contra quien podía presumirse que era su empleador (ayuntamiento y patronato), de ahí que la posterior ampliación de la demanda contra la asociación, lejos de constituir un fraude procesal como deduce el juzgador de instancia, venga motivada por la lógica confusión creada al alegar los demandados que no tienen relación laboral con las actoras, lo que conlleva que resulte de aplicación la Jurisprudencia que declara que el cómputo del plazo de caducidad no comience a correr hasta el momento en que conste quien es el empresario. Por otro lado, el que en el escrito rector hagan constar que la persona que les viene pagando sus salarios es el presidente de la asociación, carece de la relevancia que parece darle el juzgador de instancia, sobre todo teniendo en cuenta que también hacen constar que lo hace sin que les diera explicación alguna, haciéndolo en mano sin recibo ni justificante alguno, cuestión y aspecto sobre el que las actoras no incidieron debido a su precaria e irregular situación laboral, puesta de relieve en la aludida acta de inspección. En consecuencia y por lo expuesto, procede desestimar la excepción de caducidad de la acción acogida por la sentencia de instancia con devolución de los autos al juzgado de origen para que, con absoluta libertad de criterio, se pronuncie sobre la cuestión de fondo.

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos la excepción de caducidad de la acción acogida por la sentencia de sentencia, declarando la nulidad de la misma, con devolución de los autos al juzgado de origen para que, con absoluta libertad de criterio, se entre a resolver sobre la cuestión de fondo.

2900 RECURSO N° 440/00

S. S.

RESPONSABILIDADE SOLIDARIA DE
GRUPO DE EMPRESAS EN PREITO POR
DESPEDIMENTO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Ricardo Ron Curiel

A Coruña, a seis de marzo de dos mil.
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. 440/00 interpuesto por doña M.P.C.L. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña M.F.R. y doña C.E.F. en reclamación de despido, siendo demandado don A.C.Q., doña P.C.L., doña O.L.C., "A.T., S.L.", "A.C., S.L." y el fondo de garantía salarial, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 406/99 sentencia con fecha veintiséis de octubre 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: "I. Las actoras M.F.R. y M.C.E.F. vienen prestando servicios para la empresa demandada "O.L.C." en el centro de trabajo de..., desde el 15.12.89 y 01.05.85, con la categoría profesional de dependientes y salario mensual de 123.000 y 135.000 Ptas. respectivamente.- II. Con fecha 18.06.99, la empresa demandada entrega a las actoras cartas de despido, del tenor literal siguiente: "La dirección de esta empresa le comunica, a medio del presente escrito, que ha tomado la decisión de dar por rescindida su relación laboral con la misma. El motivo de esta decisión se fundamenta concretamente en las dificultades económicas por las que atraviesa la empresa, que hacen inviable el funcionamiento de la misma. Asimismo y debido a las circunstancias expresadas en el párrafo anterior, esta empresa se ve en la obligación de proceder al cierre de la misma el día 18 de junio de 1999, ante la imposibilidad de hacer frente a los gastos

generados y las deudas contraídas".- III. No han resultado acreditadas en autos las causas económicas alegadas por la empresa para fundamentar el despido de los actores.- IV. Con fecha 28.07.94 el Juzgado de lo Social nº 3 de Vigo dictó sentencia en el procedimiento 461/99, sobre rescisión de contrato, a instancia de trabajadores que prestaban servicios en la confitería, sita en la calle..., para J.C.C.L., "O.L.C." y "C.L., S.L.", y en dicha sentencia se estimó la demanda declarando extinguidas las relaciones laborales de los actores con los demandados, condenando solidariamente a "O.L.C.", J.C.C. y "C.L., S.L." Firme la sentencia, se procedió a ejecutar, iniciándose ejecución nº 154/94, embargándose los bienes que figuran en la relación anexa del edicto publicado, señalándose la celebración de subasta para el día 24 de abril la 1^a, 15 de mayo la 2^a y 5 de junio de 1996, la 3^a subasta, y en dicho acto comparecieron varios licitadores, el licitador P.C.L. (codemandada en los presentes autos) ofreció por los lotes del 1 al 20, que constitúan los bienes muebles y maquinaria (hornos, amasadores, neveras, congelador, etc...) las cantidades que cubren las 2/3 partes del avalúo, aprobándose el remate; el licitador A.C.Q. (codemandado y casado con la también codemandada "O.L.C.") ofreciendo por los lotes 32 y 33 (a saber inmuebles, mitad indivisa de un local sito en Villagarcía y local en planta baja, sito en Villagarcía), ofreciendo cantidades que cubrían las 2/3 partes del avalúo, aprobándose el remate; el licitador "P.B.G., S.L.", el licitador "M.G.R., S.L.", el licitador J.A.L.R., ofreciendo por el lote 30 (mitad indivisa del local letra C en Villagarcía), cantidades que cubren las 2/3 partes de su avalúo, aprobándose el remate en dicho acto y otro licitador por bienes muebles. Y con fecha 20.06.96, se dictó Auto de Adjudicación.- V. Con fecha 06.09.94, los codemandados A.C.Q. y "O.L.C.", otorgaron ante notario escritura de capitulaciones matrimoniales y liquidación de sociedad de gananciales, pactando el régimen económico del matrimonio, de absoluta separación de bienes, procediendo a la liquidación de sociedad de gananciales mediante las siguientes adjudicaciones: a "O.L.C." dos industrias de confitería, dulcería y pastelería, conocidas con los nombres de "P.C.", instaladas, una en un local comercial sito en... y otra en..., con todo su activo, pasivo, maquinaria, utensilio y vehículos, valorada esta adjudicación en cuarenta millones de pesetas y a A.C.Q., todos los demás bienes, descritos en el inventario, a saber, plaza de garaje nº..., tras las casas nº de la plaza... de Pontevedra, sito en la primera planta alta del edificio interior de las casas nº... de la plaza... de Pontevedra, piso..., en un edificio en Villagarcía, casa en ruinas en Pontevedra, compuesta de bajo y piso y ocho mil participaciones sociales, los

números..., ambos inclusive, en la sociedad de responsabilidad limitada "A.C., S.L.". VI. Con fecha 05.06.96, P.C.L., como arrendador y "O.L.C." como arrendataria, suscriben contrato de arrendamiento de maquinaria, por el cual la primera arrienda a la segunda la maquinaria de uso industrial (que adquirió en la subasta anteriormente referida) por un plazo de 10 años, siendo el precio del arriendo de 55.000 Ptas. mensuales más IVA.- VII. La Sociedad "A.C., S.L.", ha sido constituida por escritura otorgada ante notario el día 01.02.89, por A.C.Q. y su esposa O.L.C., M.A.C.L. y M.P.C.L., con un capital social de 10.000.000 ptas, asumiendo por los socios las siguientes participaciones: A.C.Q., 8.000 participaciones, M.A.C.L., asume 1.000 participaciones y P.C.L. asume 1.000 participaciones. Y con arreglo a los estatutos dicha sociedad tiene como objeto social la elaboración y comercialización de confitería y pastelería, y cualquier otra actividad que lícitamente acuerde la Junta General de Socios y con domicilio social en Villagarcía de Arosa, C/...- VIII. Con fecha 04.03.99, por A.C.Q. otorgó ante el notario escritura de donación de participaciones sociales a sus hijos M.A.C.L. y M.P.C.L. por el cual el primero hace donación a sus hijos de la nuda propiedad de las participaciones sociales, que le corresponden en la sociedad "A.C., S.L.", cuatro mil participaciones a cada uno.- IX. La pastelería sita en la calle..., que giraba bajo el nombre comercial de "D.V.", hacía los pedidos a la "P.A., S.L." en Villagarcía, a donde se dirigía el chófer de la empresa "O.L.C.", dos días a la semana, para recoger la mercancía (y no firmaba albarán de entrega), donde recogía parte de los productos congelados, que luego cocinaban en la pastelería "D.V.", siendo "A.C., S.L." la principal proveedora de la pastelería "D.V.", sita en la C/..., mercancía que era remitida a la confitería de la C/..., centro de trabajo de las actoras.- X. Las actoras prestaban servicios en la pastelería y las órdenes relativas al trabajo se las daba P.C. y su padre A.C., así como J.C. (compañero y padre del hijo de P.C.).- XI. Con fecha 05.07.96, O.L.C. otorgó ante notario, poder a favor de su hija M.P.C.L. y a favor de F.J.C. "Souto, con las facultades, entre otras, de ejercer el comercio y la industria, celebrar contratos de compraventa de mercancías, transportes y seguros, operar en bancos y cajas, instar actos materiales, comparecer ante juzgados, otorgar contratos de trabajo, rescindirlos, etc.- XII. O.L.C. envió carta al Sr. S., administrador de fincas, comunicándole que O., inquilina de su local, sito en la C/... de Vigo, tiene intención de traspasar el local y tiene un cliente, el cual ofrece 5.500.000 Ptas.- XIII. El 02.12.81 se otorgó ante notario escritura de constitución de la sociedad "A.A., S.L.", por J.M.F.L. y su esposa, A.P.G., con un capital

social de dos millones de pesetas, siendo su objeto social el comercio al por mayor de artículos de mercería, paquetería y comercio al por menor de artículos de mercería, que posteriormente pasó a denominarse Sociedad "A.T., S.L.", siendo el distintivo comercial de "A.T., S.L." "F., S.L." .- XIV. El codemandado A.C.Q. percibe pensión de jubilación con efectos de 01.02.89.- XV.- Se presentó conciliación ante el SMAC, frente a O.L.C., A.C.Q. y P.C.L. el 06.07.96 celebrada el 20 de julio de 1999, con el resultado de sin avenencia.- XV. Con fecha 11.09.99 las actoras presentaron escrito ante este juzgado ampliando la demanda contra "A.C., S.L." y "F., S.L." (que comparece como "A.T., S.L.").

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando la demanda, debo declarar y declaro IMPROCEDENTES los despidos de que las actoras fueron objeto, condenando solidariamente a los codemandados O.L.C., M.P.C.L. y "A.C., S.L.", a que en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de esta sentencia, opten entre abonar a las actoras las siguientes indemnizaciones: a M.F.R., 1.819.888 ptas y a M.C.E.F., 2.933.438 ptas, debiendo en todo caso hacerles entrega de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido o readmitirlas a sus puestos de trabajo. Absolviendo a los codemandados A.C.Q. y "A.T., S.L.", todo ello con la intervención del fondo de garantía salarial."

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte codemandada siendo impugnado solamente por el Fondo de Garantía Salarial. 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, declarando la improcedencia de los despidos de las actoras y condena solidariamente a los codemandados O.L.C., M.P.C.L. y "A.C., S.L." a soportar las consecuencias legales inherentes a tal declaración, fijando el importe de la indemnización que corresponde a cada una de las demandantes y absuelve a los también demandados A.C.Q. y "A.T., S.L.". Este pronunciamiento se impugna por la representación procesal de los demandados- condenados doña M.P.C.L. y "A.C., S.L.", los que construyen los recursos que formulaan del modo que se pasa a exponer.

SEGUNDO.- El recurso de doña M.P.C.L., en el primero de los motivos de suplicación y con sede en el art. 191, letra a) de la Ley Procesal Laboral, denuncia infracción, por aplicación indebida, de

los arts. 80.1.c) de este texto legal, en relación de supletoriedad con los arts. 524 y 533.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y art. 24 de la Constitución, con la pretensión de reposición de los autos al momento en que se encontraban en el momento de haberse infringido normas o garantías de procedimiento productoras de indefensión; por estimar, esencialmente, que la juzgadora “a quo” cuando resuelve la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda, invocada por la recurrente, no aplica debidamente los preceptos que por ésta se citan como infringidos, ya que la demanda le causa indefensión al traerla a juicio, según el relato fáctico -hecho tercero- dela sentencia por ser “...la empresaria real”, sin hacerse relación de hechos en que se basan las actoras; siendo evidente, añade, que no puede preparar adecuadamente la defensa, al no conocer los motivos o razones por los que es traída a juicio; siendo un tanto pobre de contenido, aduce, el razonamiento de la juzgadora al decir que “...para demandar a otras empresas posibles responsables subsidiarias con la empresa principal”, que no responde a la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda; estimando, en definitiva, que ante la existencia de omisiones o defectos en la demanda, habría de imponérsele a las actoras la subsanación de dichos defectos y no proceder al señalamiento del juicio y dictar sentencia ante una clara situación de indefensión. La censura no puede prosperar, por cuanto el escrito de demanda cumple debidamente las exigencias previstas en el art. 80 de la Ley de Enjuiciamiento Laboral y concretamente el apartado c) del citado precepto, al atribuir a la recurrente la cualidad de empresaria real.

TERCERO.- En el primero de los motivos del recurso de la correcurrente “A.C., S.L.”, con sede en el art. 191, apartado a), de la Ley Adjetiva Laboral, se formula idéntica censura jurídica que en el motivo precedente, con fundamento en que la juzgadora de instancia, al resolver la excepción de defecto legal en la formulación de la demanda, no aplica debidamente los preceptos que la recurrente cita como infringidos, causándole la demanda indefensión al traerla a juicio cuando ni en una sola palabra de la demanda ampliatoria se cita el porqué o la razón por la que se dirige la acción frente a ella; no pudiendo, por ello, preparar adecuadamente su defensa, al no conocer las razones o motivos alegados por las demandantes para traerla a juicio, existiendo un ocultismo implícito en la demanda que impiden utilizar los medios de defensa necesarios, pudiendo cometerse errores, como así ha ocurrido al no haberse aportado al acto del juicio los albaranes emitidos por la recurrente, acreditativos de la recepción de la mercancía por personal de doña O.L. y que ahora han de determinar

actuaciones penales para contradecir el testimonio de uno de los testigos y ser precisamente ésta una de las causas por la que se condena a la que recurre; no compartiendo el razonamiento de la juzgadora, al resolver la excepción, de “...para demandar a otras empresas posibles responsables subsidiarias con la empresa principal”. Estimando, finalmente, que ante la existencia de defecto, omisiones e imprecisiones en la demanda, debían ser subsanados antes de citarse a juicio y no señalar éste y dictarse sentencia. El reproche no puede compartirse, no ya por no apreciarse los defectos u omisiones que la recurrente alega, puesto que ha sido llamada al proceso, en la ampliación de demanda, por la responsabilidad que podría alcanzarle, sino porque su intervención, como parte, en la controversia le ha permitido hacer uso de las probanzas que estimara oportunas en defensa de sus alegatos; de ahí que, en modo alguno, se le hubiera causado indefensión, y la inexistencia de ésta, obliga por imperio de lo normado en el art. 191, letra a), de la Ley Rituaria Laboral, a rechazar, como queda dicho, el motivo.

CUARTO.- En el segundo de los motivos del recurso de doña M.P.C.L., y al amparo del art. 191.b), de la Ley de Trámites Laboral, se interesa la adición al hecho declarado probado nº VI de lo siguiente: “...habiéndose solicitado un préstamo en la entidad “B.P., S.A.” e ingresando, la citada, el IVA del arrendamiento mediante las declaraciones trimestrales en la Hacienda Pública”. El recurso de la correcurrente “A.C., S.L.”, con el mismo apoyo procesal, interesa, en el segundo de los motivos, la modificación del hecho probado IX de la sentencia recurrida para suprimir la expresión “...y no firmaba albarán de entrega...”. No proceden las revisiones; la primera, porque sólo si las adiciones o las rectificaciones son susceptibles de producir consecuencias jurídicas que deban trascender al fallo pueden ser acogidas, pues en caso contrario, por más que coincidan con lo probado el motivo no puede ser procedente, y en el caso que se resuelve, la adición sería, en absoluto irrelevante; y la segunda, porque la recurrente la pretende apoyar en la inexistencia de documentos y lo único que la justifica es la declaración del testigo don E.F.; y si el juzgador de instancia ha tenido en cuenta este testimonio, tal apreciación es plenamente válida, eficaz y suficiente, para justificar la afirmación fáctica combatida.

QUINTO.- El tercero de los motivos del recurso articulado por “A.C., S.L.” y con cobertura en el art. 191, apartado c), de la Ley de Ritos Laboral, se denuncia infracción, por aplicación indebida, del art. 59.3 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el art. 103 de la citada Ley Rituaria; por estimar que la acción de las actoras está

caducada por extemporánea, dado que si bien han sido despedidas, participándoseles tal decisión el 18 de junio de 1999, presentándose por aquéllas la papeleta de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación, el 6 de julio siguiente, e interrumpido el plazo con este acto, resultan consumidos de los veinte días hábiles, catorce, y celebrándose el acto conciliatorio el 22 del mencionado mes de julio, finalizarían los veinte días hábiles el veintisiete del mismo mes y habiéndose presentado la demanda el día 22 del repetido mes de julio, dentro del plazo hábil; pero la ampliación de la demanda frente a la recurrente se anuncia el mismo día 8 de septiembre de 1999, fecha de celebración del juicio, que se suspende y se presenta demanda el 11 de esta último mes; es decir, a los sesenta días hábiles de la comunicación a las actoras de la carta de despido. La censura no puede alcanzar éxito, ya que, como la propia recurrente admite, la demanda inicial ha sido presentada dentro del plazo de veinte días, gozando de efecto interruptivo tanto respecto a los demandados inicialmente, cuanto a los que se ha llamado con tal carácter al proceso, en la ampliación de demanda, al tener estos últimos un interés legítimo en el litigio, y ser, por ello, necesaria su presencia en el mismo a fin de constituir debidamente la relación jurídico-procesal, al tratarse de un supuesto de responsabilidad compartida, bien de modo solidario o con carácter subsidiario.

SEXTO.- En el último de los motivos del recurso que articula doña M.P.C.L., con sede en el art. 191, apartado c), de la Ley de Trámites Laboral, se denuncia infracción, por aplicación indebida, del art. 1.2 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el art. 44 del mismo texto legal, al considerar a la recurrente como sucesora de doña O.L.C., así como que conforman un grupo de empresas y extiende a la primera las responsabilidades contraídas por la citada doña O.; por estimar, esencialmente, que la recurrente adquiere parte de los bienes inmuebles subastados en 1996 a su madre, la nombrada doña O., como recoge el hecho probado IV de la sentencia y se los alquila a la misma mediante el correspondiente contrato, fijando una renta, con la correspondiente carga fiscal, declaración en renta del IVA; extremos que dice probados; sin que pueda conceptuarse tal relación arrendaticia como un arrendamiento de industria, concepto mucho más amplia que el del arrendamiento de maquinaria, con cita de las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 1996 y 8 de junio de 1998; no siendo posible dicha conceptualización porque aún cuando las máquinas o útiles pudieran ser esenciales para continuar el negocio, no se cede, conjuntamente la cartera de clientes ni otros elementos, pues sólo se entrega, por el negocio jurídico citado, parte de la

maquinaria para la elaboración de los productos, si es la necesaria o esencial para continuar el negocio; siendo evidente que, con tal actuar, no se incumple o contraviene la filosofía del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, cual es la de mantener la estabilidad en el empleo ante situaciones de cambio de titularidad, de cesión del negocio o de cualquier otro negocio jurídico sobre un centro de trabajo, empresa o, incluso, sobre una unidad productiva autónoma; pues la recurrente trata de que su madre mantenga la actividad laboral de su negocio, aún cuando con posterioridad se degrade o determine su cierre; no existiendo una novación subjetiva en la persona del empresario -cita la sentencia de este tribunal de 22 de mayo de 1992-, sino la celebración de un negocio jurídico por el que se ceden elementos materiales para la continuidad del negocio por el mismo empresario: por otro lado, la recurrente no participa de los frutos de la industria o negocio conocido como "D.V.", perteneciente a doña O., para que se aprecie la sucesión de empresa, sobre lo que nada se ha acreditado de contrario, pese a tener la carga de la prueba -art. 1.214 del Código Civil-; tampoco justifica la existencia de sucesión de empresa la ostentación de poderes por parte de la recurrente, otorgados por su madre, con facultades para dirigir el negocio (por la recurrente se hace referencia a las manifestaciones de varios testigo); no existiendo, en definitiva, para la que recurre, razones justificativas de su responsabilidad solidaria con su madre doña O. La censura jurídica a que el motivo se contrae no puede alcanzar éxito, por cuanto la responsabilidad solidaria, que en la sentencia se atribuye a la recurrente, aparece plenamente justificada por la situación fáctica descrita en los hechos probados IV, VI, VII, VIII, IX, X, y X(sic), transcritos en los antecedentes de hecho de la presente resolución, de la que son de destacar que: a) los demandados forman parte de un grupo familiar, que explotaba tres confiterías, sitas, dos en la ciudad de Vigo -una de ellas en la calle..., donde prestaban servicios las trabajadoras demandantes y la otra en la calle...- y la tercera en la ciudad de Vilagarcía de Arosa; b) la recurrente ha sido socia fundadora de la "A.C.", asumiendo, en el momento de constitución de la sociedad, el 1 de febrero de 1989, mil -de diez mil- participaciones, su hermano M.A.C.L., ostentaba la misma participación, y el padre de ambos, A.C.Q., ocho mil participaciones sociales; habiendo donado éste último, en favor de sus nombrados hijos, la nuda propiedad de sus participaciones, en escritura de 4 de marzo de 1999; c) el arrendamiento, que la recurrente ha hecho a su madre, de maquinaria y enseres, esenciales para el funcionamiento del negocio; elementos que la arrendadora había adquirido en subasta de bienes embargados en proceso judicial, sobre rescisión de contrato, de trabajadores que

prestaban servicios en la confitería de la calle...; d) las demandantes, en la prestación de sus servicios, recibían órdenes de la recurrente, del padre de ésta y del compañero de la misma J.C., a los que había otorgado poderes -excepto al padre- la madre de aquélla, con facultades, entre otras - hecho XI- para ejercer el comercio y la industria, que realmente ejercía. Siendo la situación descrita determinante del efecto jurídico proclamado en la sentencia suplicada.

SÉPTIMO.- El recurso de la codemandada “A.C., S.L.” con fundamento en el art. 191, letra c), de la Ley de Procedimiento Laboral, denuncia, finalmente, infracción, por aplicación indebida, del art. 1.2 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el art. 44 del mismo texto legal; argumentando, sustancialmente, con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1998 y la de esta sala de 15 de octubre de 1997, que no concurren en el supuesto litigioso los presupuestos de obligado concurso exigidos por la doctrina jurisprudencial para apreciar la existencia de un grupo de empresas; haciendo una serie de consideraciones acerca de cada uno de los elementos a tener en cuenta para determinar la existencia o no de dicho grupo, con especial mención de la situación fáctica reflejada en la sentencia recurrida, así como referencias a la prueba testifical practicada y la confesión de la codemandada doña P.C.; destacando que el contenido del argumento del fallo es contrario al principio de libertad de empresa que regula el art. 38 y el 14 de nuestra Constitución; estimando, en definitiva, que el razonamiento lógico-jurídico seguido por el juzgador de instancia no tiene en cuenta la búsqueda del empresario unitario, como la persona física o jurídica que organiza y recibe la prestación de servicios de ambas empresas, apreciar la buena fe, el rechazo del fraude de ley; siendo evidente, concluye la recurrente, que se trata de empresas sin funcionamiento unitario, solo con ciertas relaciones mercantiles de poca entidad entre si, pero con sus propias estructuras organizativas y de dirección, sin traspase de personal, sin confusión patrimonial, por acreditada la mala situación económica de la empresa de doña O., tal y como incluso reconocen las actoras, en cuanto a subasta de bienes de la misma, no suministro, etc.

El reproche jurídico a que el motivo se refiere está llamado a fracasar; de un lado, por las situaciones descritas en el párrafo segundo, apartados a) y b), del fundamento de derecho inmediato anterior; de otro, porque, como se recoge en el hecho probado IX de la sentencia recurrida, la pastelería sita en la calle..., que giraba bajo el nombre comercial de “D.V.”, hacia los pedidos a la pastelería “A., S.L.” en Villagarcía, adonde se dirigía el chófer de la

empresa “O.L.C.”, dos días a la semana, para recoger la mercancía, y no firmaba albaranes, donde recogía parte de los productos congelados, que luego cocinaban en la pastelería “D.V.”, siendo “A.C., S.L.” la principal proveedora de la pastelería “D.V.”, mercancía que era remitida a la confitería de la C/..., centro de trabajo de las actoras.

OCTAVO.- Por todo lo expuesto procede desestimar los recursos y, en consecuencia, dictar un pronunciamiento confirmatorio del recurrido; con los efectos previstos en el art. 202.1 y 4 de la Ley Procesal Laboral. En consecuencia,

Fallamos

Que desestimando los recursos de suplicación interpuestos por doña M.P.C.L. y “A.C., S.L.”, contra la sentencia de fecha veintiséis de octubre de mil novecientos noventa y nueve, dictada por el Juzgado de lo Social número dos de Vigo, en proceso por despido promovido por doña M.F.R. y doña M.C.E.F., frente a los recurrentes, doña O.L.C., don A.C.Q. y “A.T., S. L.”, con intervención del Fondo de Garantía Salarial, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida. Se decreta la pérdida de la consignación efectuada y del depósito necesario para recurrir.

2901 RECURSO N° 568/00

S. S.

INTERPRETACIÓNS DE ACORDOS SOBRE VACACIÓN DO PERSONAL ESTATUTARIO Ó SERVICIO DO SERGAS.

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

A Coruña, a diez de marzo de dos mil.
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. 568/00 interpuesto por el Sindicato de Enfermería (SATSE) y el Servicio Galego de Saúde contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de Santiago.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por el Sindicato de Enfermería (SATSE) en reclamación de conflicto colectivo siendo demandado el Servicio Galego de Saúde, Unión General de Trabajadores (UGT), Comisiones obreras (CC.OO) y Converxencia Intersindical Galega (CIG.) en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 306/98 sentencia con fecha 29 de noviembre de 1999 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 director de Recursos Humanos y RR.LL. del Complejo Hospitalario Universitario de Santiago, Sr. J.D., emitió el 2 de marzo de 1998 una nota interna sobre el cuadro de vacaciones para 1998 que dice textualmente: “Con la finalidad de preparar, como es preceptivo, el calendario de vacaciones de personal del Complejo Hospitalario Universitario correspondiente al año 1998, le rogamos que antes del día 31 de marzo del presente año nos remita al departamento de Recursos Humanos la pretensión formulada por las personas que trabajan en su Servicio/Unidad. Para su conocimiento le recordamos: -Las vacaciones no pueden ser compensadas en metálico, por lo que todo el personal del Centro debe disfrutarlas, preferentemente en los meses de junio a septiembre. – Se pueden disfrutar: - De manera ininterrumpida durante treinta días naturales, o el período de tiempo ajustado a su vinculación contractual a razón de dos días y medio por mes trabajado. –Se podrán fraccionar en dos períodos de quince días iniciándose las mismas los días 1 o 16 del mes correspondiente. Si la duración de las vacaciones no coincidiera con la duración máxima prevista para las mismas en el Estatuto aplicable la fecha de su inicio será asimismo el día 1 o dieciséis del mes correspondiente, no admitiéndose períodos inferiores a quince días naturales, salvo que el derecho a las vacaciones no alcancen el período mínimo de quince días. – El Jefe del Servicio/Unidad deberá planificar las vacaciones de forma que mayoritariamente su disfrute coincida con el período de menor actividad del Servicio y, en cualquier caso, no impide el mantenimiento de la actividad del mismo con sus propios recursos humanos. Se adjunta modelo a los efectos de cumplimentación de la información solicitada. La información solicitada tiene por objeto la elaboración del cuadro de vacaciones, por lo que con quince días de antelación al inicio de las mismas, será preciso que cada trabajador solicite autorización para su disfrute, siendo el período indicado en esa solicitud el realmente disfrutado y que servirá, entre otros, para el cálculo de la parte

proporcional de las noches, festivos en vacaciones”/ **SEGUNDO.**- En 1986, el INSALUD y las Centrales Sindicales convinieron mediante un Acuerdo la ordenación del sistema de vacaciones del personal y regulación de las sustituciones que fuera necesario efectuar (documento sobre cuya aplicación e interpretación versa la demanda objeto de este procedimiento, adjunto por ambas partes en sus respectivos ramos de prueba, que damos aquí por reproducido dada su extensión)./**TERCERO.**- La CC.AA. de Galicia asumió el traspaso de funciones y servicios del INSALUD producido mediante Real Decreto 1.679/1990, de 28 de diciembre, con efectos desde el día 1 de enero de 1991, competencias entre las que se encuentran la organización y régimen de funcionamiento de los centros y servicios de asistencia sanitaria de la Seguridad Social./ **CUARTO.**- Intentado acto de conciliación el 14 de abril de 1998 ante el S.M.A.C. de la Xunta, resultó sin efecto”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “**FALLO:** Que estimando como estimo, parcialmente, la demanda de conflicto colectivo interpuesta por el SINDICATO DE ENFERMERÍA SATSE, contra el SERVICIO GALLEGO DE SALUD, debo declarar y declaro: 1º) Que el PSNF tendrá derecho, conforme a su propio estatuto y al Acuerdo de 1986, a unas vacaciones anuales retribuidas de un mes de duración, y ello sin perjuicio del respeto por parte de dicho personal al cumplimiento de la jornada anual efectiva pactada por Administración y Sindicatos. 2º) Que el disfrute de las vacaciones ha de ser, como regla general, con carácter ininterrumpido y, no obstante, podrá ser fraccionado en dos períodos de tiempo de forma que la suma de los mismos no exceda de 24 días laborales por corresponder a domingos y sábados libres los días restantes, no contraviniendo dicha norma el contenido de la nota interna de la Dirección de RR.HH. y RR.LL. del C.H.U.S. de 2 de marzo de 1998 cuando establece que los dos períodos han de ser de 15 días y comenzando las mismas los días 1 ó 16 del mes correspondiente./ 3º) Que los días de licencias por asuntos particulares podrán acumularse, en caso de fraccionamiento de las vacaciones, siempre que tal acumulación se haga fuera de los meses de junio a septiembre, ambos inclusive, y siempre tomando en consideración que la regla general es la del disfrute de las vacaciones entre los meses de junio a septiembre, ambos inclusive. Condenando al SERGAS a estar y pasar por esta declaración a los efectos legales pertinentes, absolviéndolo del resto de pretensiones deducidas en su contra en este procedimiento”.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte ambas partes 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 SERGAS la sentencia de instancia, parcialmente estimatoria del conflicto colectivo, en el que se denuncia la infracción del Acuerdo de 22-febrero-92, celebrado entre la Administración Sanitaria y las organizaciones sindicales más representativas, (Anexo de la Resolución de 10-junio-92), en desarrollo del cual se celebró el pacto de fecha 1-junio-93, sobre permisos, licencias y vacaciones. Y más en concreto, en sus apartados A-2-1 y B-1-1, relativos a la imposibilidad de acumular permisos o días de libre disposición a las vacaciones anuales retribuidas. Rechazamos tal planteamiento, y para ello baste decir que la Resolución de 10-junio-92, de la Secretaría General del Sistema Nacional de la Salud, hace referencia al “Acuerdo del Consejo de Ministros que se aprueba el celebrado entre la Administración y las Organizaciones Sindicales más representativas sobre aspectos profesionales, económicos y organizativos en las instituciones sanitarias dependientes del Instituto Nacional de la Salud”; y que el apartado 5 del Pacto de 1-junio-93, en desarrollo de aquél, es inequívoco al precisar –bajo el epígrafe “ámbito de aplicación”– que “Las presentes normas serán de aplicación a todo el Personal Estatutario al servicio de las Instituciones Sanitarias del Insalud”. De otra parte, si la Comunidad Autónoma de Galicia asumió el traspaso de funciones y servicios del Insalud por RD 1679/90 (28-diciembre), con efectos de 1-enero-91 (arts. 2 y 4), la circunstancia de que en la referida fecha permaneciese vigente el Acuerdo Insalud-Centrales Sindicales de 1986, determina que la subrogación del SERGAS se extendiese por necesidad a las obligaciones derivadas del indicado pacto de 1986, y que al mismo se halle vinculado en tanto no quede el mismo sin efecto, tal como con acierto entendió el magistrado de instancia.

SEGUNDO.- Por su parte, denuncia el recurrente SATSE que la decisión de instancia incurre en infracción del punto A) 1-4-2 del Acuerdo Insalud-Centrales Sindicales de 1986, sobre vacaciones, licencias y sustituciones, referido a los períodos de fraccionamiento e inicio de los mismos. 1.- La nota interna del Director de RRH y RRLL del CHUS sobre cuadro de vacaciones para 1998, que es objeto de impugnación en el presente procedimiento, disponía –entre otros extremos– que el descanso anual sería de treinta días naturales y que “se podrán fraccionar en dos períodos de quince días, iniciándose las mismas los días 1 ó 16 del mes correspondiente”. La demanda solicitaba que se reconociese: “2º Que si

bien el disfrute de las vacaciones, con carácter general, se realizará de manera ininterrumpida, podrá, no obstante, fraccionarse su disfrute en dos períodos, de modo que la suma de los mismos no exceda de 24 días laborales [...] 4º.- Que es contraria a derecho la obligación de fraccionar únicamente en dos períodos de 15 días las vacaciones del personal y de que necesariamente se inicien las mismas los días 1 ó 16 del mes correspondiente”. El referido Acuerdo Administración-Sindicatos expresaba sobre el mismo extremo que “No obstante, podrá fraccionarse su disfrute [el de las vacaciones] en dos períodos, de modo que la suma de los mismos no exceda de 24 días laborales, por corresponder a domingos y sábados libres los días restantes”. Y la decisión recurrida mantiene al respecto “Que el disfrute de las vacaciones ha de ser, como regla general, con carácter ininterrumpido y, no obstante, podrá ser fraccionado en dos períodos de tiempo de forma que la suma de los mismos no exceda de 24 días laborales por corresponder a domingos y sábados libres los días restantes, no contraviniendo dicha norma el contenido de la nota interna de la Dirección de RRH y RRLL del CHUS de 2-marzo-98, cuando establece que los dos períodos han de ser de 15 días y comenzando las mismas los días 1 ó 16 del mes correspondiente”. 2.- Pues bien, el recurso insiste en su planteamiento respecto de que los períodos no necesariamente tienen que ser de 15 días y en que tampoco puede prefijarse su fecha de inicio en determinados días del mes. Y ello pretende justificarse con la doble argumentación de que “los firmantes del Acuerdo pretenden dar la mayor flexibilidad posible a la elección de las vacaciones por parte del trabajador” y que cualquier otra restricción de las contempladas en el Acuerdo no se halla justificada por la mejor organización del servicio. Se trata, a nuestro juicio, de una interpretación tan voluntarista del Pacto como visión interesada de la realidad. Sobre el primer aspecto ha de indicarse que correspondiendo las facultades organizativas a la dirección, conforme a los preceptos que el magistrado de instancia cita (art. 7.2.d) Ley 1/1989, de 2-enero, en relación con el art. 19.2 Decreto 49/1998, de 5-febrero, y –específicamente para el CHUS– el art. 4 Decreto 178/94, de 16-junio), todo acuerdo entre la Administración Sanitaria y las Centrales Sindicales no puede ser objeto de interpretación extensiva respecto de los límites que aquélla se autoimpone a sus facultades de organización con el pacto, de una parte porque la defensa de los legítimos intereses de los trabajadores no puede desconocer la existencia –en gran medida preeminente– de los intereses generales a cuyo servicio se encuentra la Administración Pública –las necesidades sanitarias de los ciudadanos–, de acuerdo a la prevención del art. 103.1 CE; y de

otra parte, porque ese poder de dirección empresarial pertenece por definición a la esencia de la prestación de servicios por cuenta ajena, a su naturaleza jurídica, por lo que como estructura institucional que es no puede ni debe ser objeto de interpretaciones restrictivas. Y en lo que toca al segundo aspecto, es claro que una adecuada y racional planificación de las vacaciones es ciertamente más factible con la fijación de tiempos mínimos de disfrute (15 días) y con inicios prefijados (principio y mediado de mes), evitando así fraccionamientos menores e indeterminaciones temporales que por necesidad han de multiplicar las dificultades propias de una atención sanitaria universalizada y desprovista muchas veces de los medios necesarios.

TERCERO.- Asimismo se denuncia la misma infracción, pero referida al punto A-1-4-3, sobre concesión o denegación de las vacaciones y su fraccionamiento. 1.- El indicado punto señala que “El fraccionamiento de vacaciones se producirá a petición del interesado previo informe favorable del jefe de la unidad a que figure adscrito el solicitante; su concesión o denegación justificada quedará al criterio de la correspondiente Jefatura y Dirección del Centro”. La nota interna impugnada señala que “El Jefe de Servicio/Unidad deberá planificar las vacaciones de forma que mayoritariamente su disfrute coincida con el periodo de menor actividad del Servicio y, en cualquier caso, no impida el mantenimiento de la actividad ordinaria del mismo con sus propios recursos humanos”. La demanda solicitaba –se reitera en el recurso– fuese declarado “Que es contraria a derecho la potestad del Jefe de Servicio/Unidad en la planificación de las vacaciones con la discrecionalidad que se deriva de mencionada nota interna”. 2.- No admitimos el motivo, por cuanto que es claro que el Acuerdo subordinaba la fijación de las vacaciones al criterio –discrecional, pero obviamente justificado– del Jefe de la Unidad, los términos de la Nota Interna en manera alguna exceden de lo pactado, pues su decisión favorable comporta como elemental presupuesto –a menos de incurrir en la arbitrariedad o el caos– la planificación del descanso anual de todos los que se hallan en la Unidad o Servicio; y parece ocioso afirmar que es encomiable fin de la misma –por facilitar la adecuada atención a los usuarios: nuevamente es invocable el art. 103.1 CE– que el descanso coincida mayoritariamente con los períodos de menor actividad y que ésta se atienda con los propios medios.

CUARTO.- Finalmente se cuestiona la desestimación del sexto pedimento de la demanda, relativo a declarar “Que es contraria a derecho la obligación que se impone en la nota interna de 2-marzo-98 a los trabajadores de solicitar con 15 días de antelación al inicio de sus

vacaciones, autorización para el disfrute de las mismas”. 1.- La nota interna objeto de debate establecía que “La información solicitada tiene por objeto la elaboración del cuadro de vacaciones, por lo que con quince días de antelación al inicio de las mismas, será preciso que cada trabajador solicite autorización para su disfrute, siendo el periodo indicado en esa solicitud el realmente disfrutado”.

Al respecto nada se especifica en el Acuerdo Insalud-Centrales Sindicales del año 1986. Y el magistrado de instancia desestimó la petición, por considerar que ese plazo de quince días en manera alguna excluía que la solicitud se realizase con mayor antelación y que en todo caso siempre cabría acudir al proceso previsto en el art. 125.b) LPL. 2.- Nos parece gratuito el motivo, que la parte recurrente basa en la consideración de que la Nota no dice lo que el juzgador afirma, el que la autorización pueda solicitarse antes de los quince días. Y nos resulta censurable, porque nos hallamos en presencia de un procedimiento de Conflicto Colectivo, cuyo objeto es precisamente la aplicación e interpretación de las normas (art. 151.1 LPL), y si el magistrado considera que la tan referida nota ha de ser interpretada en la forma que indica, el objeto del recurso debiera haber sido –en todo caso– a que tal interpretación fuese acogida en la parte dispositiva de la sentencia, pero en manera alguna a declarar nula una prescripción que la propia decisión de instancia entiende precisamente en la forma que satisface la pretensión de los trabajadores interesados. Y es más, la sala comparte plenamente el criterio *a quo*, porque consideramos que una hermenéutica de la nota, racional y respetuosa de los derechos de los trabajadores, necesariamente lleva a considerar que los quince días a que la misma alude no son un término, sino un plazo mínimo, que –obviamente– no puede excluir que la solicitud se haga con mayor antelación. En consecuencia,

Fallamos

Que con desestimación de los recursos interpuestos por el SERVICIO GALEGO DE SAÚDE y por SINDICATO DE ENFERMERÍA SATSE, confirmamos la sentencia que con fecha 29-noviembre-1999 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº dos de los de Santiago de Compostela, en procedimiento sobre conflicto colectivo promovido del referido y por la que se acogieron parcialmente las pretensiones del escrito rector.

2902 RECURSO N° 5.520/96

S. S.

IMPOSIBILIDADE DE DISCRIMINACIÓN SALARIAL DE TRABALLADORES TEMPORAIS, EN ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

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

A Coruña, a trece de marzo de dos mil.
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. 5.520/96 interpuesto por la Consellería de Sanidade e Servicios Sociais (Xunta de Galicia) contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña M.D.G.D. en reclamación de reconocimiento de derecho y cantidad siendo demandada la Consellería de Sanidade e Servicios Sociais en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 484/96 sentencia con fecha 2 de octubre de 1996 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 la demandante viene prestando servicios en la Residencia de la Tercera Edad de..., con una antigüedad que data del 16.04.93, con la categoría profesional de ordenanza y percibiendo un salario mensual de 146.700 pesetas, incluida la prorrata de gratificaciones extraordinarias./ **SEGUNDO.-** Que la actora fue contratada en fecha 16.04.93 a través de un contrato de trabajo temporal de interinidad, y con una duración indeterminada hasta que se cubra la vacante por el procedimiento correspondiente./ **TERCERO.-** La demandante solicitó a la demandada el abono del complemento de antigüedad, no siendo contestada dicha petición, y con fecha 06.06.96 la actora

formula reclamación previa, agotando la vía previa administrativa”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “**FALLO:** Que estimando la demanda presentada por M.D.G.D. contra la CONSELLERÍA DE SANIDADE E SERVICIOS SOCIAIS, debo declarar y declaro el derecho de la demandante a percibir complemento de antigüedad que solicita en la demanda y que percibirá desde 1 de mayo de 1996, según la cuantía establecida en el convenio colectivo de la Xunta de Galicia; en consecuencia debo condenar y condeno a la demandada a estar y pasar por tal declaración y a que abone a la demandante la cantidad de 3.932 pesetas correspondientes al complemento de antigüedad cantidad de 3.932 pesetas correspondientes al complemento de antigüedad del mes de mayo de 1996; a que abone a la actora dicho complemento de antigüedad en forma sucesiva según la cuantía que fijen las normas que a tal efecto promulgue la Xunta de Galicia”.

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 la Consellería de Sanidade e Servicios Sociais la decisión de instancia, que reconoció complemento de antigüedad a trabajadora que presta servicios como interina desde el 16.04.93, con motivos que destina a la revisión de los hechos declarados probados y a denunciar como infringido el art. 27.b).1 del III Convenio Colectivo Único para el personal de la Xunta de Galicia.

SEGUNDO.- La variación fáctica va dirigida a hacer constar que “la demandante M.D.G.D., solicitó a la demandada el reconocimiento del tiempo de servicios prestados en la Consellería de Sanidade e Servicios Sociais, siendo contestada dicha solicitud por la Consellería, en escrito de fecha registro salida de 29 de mayo de 1996. Con fecha 6-junio-96 la actora formula reclamación previa agotando la vía administrativa”.

Y en justificación de la propuesta se citan los folios 11, 13 y 14, aduciendo que (*sic*) “tiene su fundamento, en que la situación laboral de la actora, y su relación con la Administración ya que la misma, no es de carácter fijo, sino que presta sus servicios como personal laboral interino, tal como que acreditado en el contrato de trabajo, obrante en autos”. Pues bien, al margen de que no guardan relación alguna el texto cuya incorporación se propone y la finalidad con que se hace, lo cierto es que orientada a esta última la revisión es innecesaria, por reiterativa, siendo así que el tercero de los HDP declara que “la actora

fue contratada en fecha 16.04.93 a través de un contrato temporal de interinidad, y con una duración indeterminada hasta que se cubra la vacante por el procedimiento correspondiente".

TERCERO.- Tampoco se acepta la infracción que se denuncia en el apartado de examen del derecho, relativo a la vulneración del art. 27.b).1 del III Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Xunta de Galicia, con cita de la Orden de 12-diciembre-90 (Consellería de Presidencia e Administración Pública).

1.- En primer término ha de destacarse que el diverso tratamiento remuneratorio que es objeto de debate ya había merecido un contundente reproche jurídico en la doctrina del extinguido Tribunal Central de Trabajo, que en sentencias de 24-agosto-83 Ar. 7.298, 23-noviembre-83 Ar. 10.370, 29-agosto-84, 18-octubre-84 Ar. 8.295, 3-febrero-86 Ar. 1.310, 7-mayo-86 Ar. 3.917, 28-julio-86 Ar. 7.190 y 7-septiembre-87 Ar. 20.182 había ya sostenido que el principio de igualdad que proclama el artículo 14 de la Constitución, en norma que reitera para el ámbito de las relaciones de trabajo el artículo 17.1 del Estatuto de los Trabajadores, si bien no fuerza la instauración en todo caso de niveles retributivos idénticos, impide sin embargo que a través de convenios colectivos –incluso no estatutarios– puedan consagrarse diferencias salariales para trabajos idénticos, sin otro fundamento que la temporalidad del vínculo de quienes resulten perjudicados, pues tal causa, por no razonable, supondría discriminación contraria al citado art. 14 y a lo establecido en los Convenios OIT números 111 y 117. Como destaca la doctrina más autorizada, para el extinto TCT era principio jurídico-laboral inamovible el de que constituye una desigualdad de trato irracional e irrazonable la que utiliza como criterio diferenciador para establecer distintas condiciones laborales la naturaleza de personal fijo o no fijo de los trabajadores.

2.- No otra conclusión se impone en el ámbito de la jurisprudencia ordinaria propiamente dicha. La más reciente destaca que cuando el art. 25.1 del Estatuto de los Trabajadores, bajo la rúbrica de «promoción económica», afirma que el trabajador «en función del trabajo desarrollado» podrá tener derecho a aquella promoción en los términos fijados en convenio colectivo o en contrato individual, en manera alguna menciona una clase de contrato laboral por razón de la duración, sino que viene a retribuir la presumible mayor destreza adquirida por la experiencia en el trabajo, y no la constancia o permanencia como fijo al servicio de la misma empresa (SSTS 29-marzo-99 Ar. 3.769, 5-febrero-99 Ar. 1.595, 25-enero-99 Ar. 1.023, 21-diciembre-98 Ar. 1999/446, 15-diciembre-98 Ar. 1999/438, 4-diciembre-98 Ar. 10.196 y 10-noviembre-98 Ar. 9.544). De otra parte, aunque desde la Ley 11/1994 haya remitido a la autonomía colectiva y a la individual la

regulación de la estructura del salario o la propia implantación de complementos de antigüedad, de manera que colectivamente puedan pactarse unos u otros requisitos para su devengo, ello siempre ha de tener lugar dentro del debido respeto a la Ley y a la Constitución, debiendo tenerse en cuenta –a tales efectos– que el canon de la interpretación conforme a la Constitución orienta asimismo en la dirección de no limitar en principio a los trabajadores fijos los conceptos retributivos que tienen su origen en el tiempo de trabajo desarrollado (STS 10-noviembre-98 Ar. 9.544). Aparte de que –no cabe olvidarlo– las normas del Estatuto de los Trabajadores, como disposición que recoge el mandato del art. 35 de la Constitución, actúan legalmente como límite mínimo de esa posible regulación colectiva o individual (STS 4-diciembre-98 Ar. 10.196) y que –como destaca la STS 29-marzo-99 Ar. 3.769– el criterio favorable al devengo de trienios por el personal contratado temporalmente ha sido aceptado ya por el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 11-noviembre-98 Ar. 9.624, 4-diciembre-98 Ar. 10.196 y 23-diciembre-98 Ar. 385.

3.- Es más, consideramos que ese criterio del legislador favorable a la promoción económica sin distinción alguna por razón de la naturaleza –temporal o indefinida– del contrato, que a nuestro parecer es perfectamente deducible del art. 25, se evidencia incluso en el art. 2.2.d) del RD 2.104/84 (21-noviembre), al disponer –se trata de contratos para obra o servicio determinado– que “el trabajador, en función del tiempo trabajado, devengará [no “podrá devengar”] el complemento de antigüedad en los términos fijados en la correspondiente norma, convenio colectivo o contrato individual”. Y la utilización de la palabra “devengará”, que no la expresión “podrá devengar”, hace pensar en el carácter imperativo del cuestionado del plus, limitándose la normación complementaria a determinar su mero importe y forma de abono.

CUARTO.- Por su parte, la jurisprudencia constitucional es todavía más clara sobre el extremo debatido. 1.- Sobre el alcance general del principio de igualdad, en abstracto, el intérprete máximo de la Constitución le atribuye los siguientes rasgos esenciales (SSTS 76/1990; y 177/1993, de 31-mayo): (a) no toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del art. 14 de la Constitución, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; (b) el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea

arbitraria o carezca de fundamento racional; (c) el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados; (d) por último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos. 2.- Tratándose más específicamente de materia salarial, tal como indica la STC 2/1998 (12-enero-98), su doctrina al respecto ha establecido una importante diferencia entre los casos en los que la desigualdad retributiva se produce en el ámbito de las relaciones entre particulares, y aquellos otros en los que el empresario o empleador es la Administración Pública, siempre y cuando la diferencia salarial cuestionada no tenga un significado discriminatorio, por incidir, entre otras, en alguna de las causas prohibidas por la Constitución. Y en este sentido, la STC 34/1984 (9-marzo) declaró que el art. 14 de la CE no impone en el ámbito de las relaciones laborales una igualdad de trato en sentido absoluto, pues la eficacia en este ámbito del principio de la autonomía de la voluntad deja un margen en el que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario, en ejercicio de sus poderes de organización de la empresa, puede libremente disponer la retribución del trabajador, respetando los mínimos legales o convencionales. En la medida pues, en que la diferencia salarial no tenga un significado discriminatorio, por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución o el Estatuto de los Trabajadores, no puede considerarse como vulneradora del principio de igualdad. Y también se ha declarado, que el Convenio Colectivo, aunque ha de respetar ciertamente las exigencias indeclinables del derecho a la igualdad y la no discriminación, ésta no puede tener aquí el mismo alcance que en otros contextos, pues en el ámbito de las relaciones privadas, en el que el Convenio Colectivo se incardina, los derechos fundamentales y entre ellos el de igualdad, han de aplicarse matizadamente, haciéndolo compatible con otros valores que tienen su origen en el principio de la autonomía de la voluntad (STC 177/1988, de 10-octubre; 108/89, de 8-junio; 171/1989, de 19-octubre; 28/1992, de 9-marzo, entre otras). Sin embargo, cuando el empresario es la Administración Pública, ésta no se rige en

sus relaciones jurídicas por el principio de la autonomía de la voluntad, sino que debe actuar con sometimiento pleno a la ley y al derecho (art. 103.1 CE), con interdicción expresa de la arbitrariedad (art. 9.3 CE). Como poder público que es, está sujeta al principio de igualdad ante la ley que, como hemos declarado, concede a las personas el derecho subjetivo de alcanzar de los poderes públicos un trato igual para supuestos iguales (STC 161/1991; 95/1996, de 29-mayo; y 2/1998, de 12-enero). Y la vigencia del principio de igualdad en este ámbito llevaría a afirmar que el personal que presta servicios para las Administraciones Públicas tiene derecho a un tratamiento salarial, no sólo que no sea desigual por aplicación de un criterio prohibido por la Constitución, sino que respete el principio general de igualdad, lo que implica el pago de iguales salarios por trabajos iguales. La diferencia de trato aunque esté establecida en un acuerdo entre la Administración y los Sindicatos, no es suficiente para considerar que la misma está justificada y se ajusta a las exigencias del art. 14 CE (Sentencia 2/1998, de 12-enero), porque el convenio, con valor normativo y, en consecuencia, inscrito en el sistema de fuentes del derecho está por ello mismo subordinado a las normas de mayor rango, en virtud del respeto al principio de jerarquía reconocido constitucionalmente como una de las facetas del imperio de la ley, ateniéndose al elenco de los derechos fundamentales acogidos en nuestra Constitución y muy especialmente el que proclama la igualdad y veda cualquier discriminación. De ahí que en tales convenios no se puedan establecer diferencias de trato arbitrarias e irrazonables entre situaciones iguales o equiparables, y muy especialmente en caso de identidad de trabajo (STC 52/1987, de 7-mayo; 136/1987, de 22-julio; y 177/1993, de 31-mayo); siendo de destacar que a los jueces y tribunales se les impone examinar la posible contradicción entre lo pactado colectivamente y un derecho fundamental (STC 207/1987, de 22-diciembre; 56/1988, de 24-marzo; 166/1988, de 26-septiembre; 177/1988, de 10-octubre; y 28/1992, de 9-marzo). 3.- Tratándose concretamente de trabajadores temporales, la doctrina constitucional tiene indicado (STC 177/1993, de 31-mayo) que si bien la duración del contrato no es un dato o factor desdeñable a la hora de establecer ciertas diferencias en las condiciones de trabajo del personal fijo discontinuo y eventual (STC 136/1987, de 22-julio), como tampoco lo es el que atiende a las características del puesto de trabajo, ya que no es contraria al principio de igualdad la regulación diferente de aquellas condiciones si va referida a distintas actividades laborales o profesionales y responde a las peculiaridades de cada una de ellas (por todas, STC 170/1988, de 29-septiembre). Pero en todo

caso ha de mantenerse, con la ya citada STC 177/1993 (31-mayo), que la modalidad de adscripción –fija o temporal– no puede por sí misma justificar el distinto tratamiento retributivo, ya que su resultado destruye la proporcionalidad derivada de la duración de los respectivos contratos, proporcionalidad que es uno de los aspectos de la igualdad. Se hace así de peor condición artificiosamente a quienes ya lo son por la eventualidad del empleo, intensificando su situación menesterosa, con lo que en definitiva se enmascara una infravaloración de su trabajo. De esta forma, la desigualdad se convierte en discriminación, su cara peyorativa, por no ofrecer más soporte visible que una minusvaloración de las funciones desempeñadas por el grupo segregado y peor tratado, notoriamente débil y desprotegido en el momento de la contratación, ya que carecen de poder negociador por sí solos (STC 136/1987, de 22-julio; también la STC 22/1994, de 27-enero, siquiera referido a trabajadores a tiempo parcial), y en situación desfavorable *a priori* respecto del personal de plantilla. En definitiva, la ruptura de la ecuación o equivalencia entre salario y trabajo –a igual tarea igual retribución– vulnera el art. 14 en el marco que le prestan los arts. 1 y 9 de la Constitución.

QUINTO.- 1.- En el concreto caso de autos, el art. 27.b).1 del citado Convenio Colectivo Único dispone que «El complemento de antigüedad será de tres mil seiscientas setenta y una pesetas mensuales para todos los trabajadores, cualquiera que sea su categoría profesional, que perfecciones trienios a partir de la entrada en vigor del presente convenio [...] Para el cómputo de trienios, se considerarán los servicios prestados en periodo de prueba o excedencia forzosa con cargo público. Asimismo, se tendrán en cuenta los servicios prestados durante el tiempo de duración del servicio militar o equivalente. A efectos de antigüedad y siguiendo el procedimiento fijado por la orden de 12 de diciembre de 1990, de la Consellería da Presidencia e Administración Pública, se reconocerán los servicios prestados en cualquiera administración pública con anterioridad a la adquisición de la condición de personal laboral fijo al servicio de la Xunta de Galicia. La remuneración por trienios de los trabajadores a tiempo parcial será proporcional a la establecida para los trabajadores fijos a jornada completa. El cómputo del tiempo para la consolidación de los trienios se determinará como si fuese contratado a tiempo completo». 2.- A la vista de esta redacción la sala ha sostenido en diversas ocasiones –sentencias, entre otras, de 30-junio-99 R. 1936/96, 24-marzo-99 R. 797/96 y 22-marzo-99 R. 801/96– que los términos del referido precepto no excluyen con claridad a los trabajadores temporales de percibir el premio de antigüedad: el primer inciso proclama con

carácter general la atribución del plus a los trabajadores, sin distinción alguna; el segundo ninguna luz aporta a la cuestión debatida, por ser aplicables sus prescripciones tanto a personal fijo como al temporal; el tercero tampoco avala la postura de la Xunta, siendo así que la condición de “personal laboral fijo” va exclusivamente referida a los efectos del reconocimiento de servicios prestados “en cualquier administración pública”, por lo que de tal redacción únicamente es razonable deducir que la exigencia de fijeza lo es tan solo a los efectos de lucrar el beneficio de cómputo de servicios previos que el inciso específicamente norma, sin que haya términos hábiles para extender la misma condición de fijeza al inciso primero, sobre cómputo general de antigüedad, que no la requiere expresamente; y el cuarto inciso, si bien pudiera consentir una lectura –apegada a la letra– que presuponga la exigencia de fijeza para el devengo del plus, de todas formas consideramos que no tiene suficiente claridad como para no pensar en una redacción simplemente desafortunada y equívoca. 3.- De todas formas, si alguna duda hubiese al respecto, la misma siempre debiera dilucidarse –lo recordábamos más arriba– conforme a los criterios hermenéuticos que resultasen más acordes a la Constitución y a la plenitud de los derechos fundamentales, entre ellos la igualdad, canon de interpretación que orientaría en la dirección de no limitar a los trabajadores fijos los conceptos retributivos que tienen su origen en el tiempo de trabajo desarrollado (STS 10-noviembre-98 Ar. 9.544). 4.- Pero es que, en último término, la pretendida restricción del derecho retributivo a los trabajadores fijos vulnera el art. 14 CE. Si así fuese, y dado que la cualidad de temporal no comporta diferencia alguna respecto del trabajador fijo en el cometido laboral a realizar, el tiempo viene a resultar el único factor diferencial en que fundamentar la diferencia retributiva; lo que es insuficientemente justificativo y del todo irracional, conforme a nuestro criterio y a la vista de la jurisprudencia –constitucional y ordinaria– que hemos citado, entre las que destacar –en supuestos sustancialmente idénticos al de autos– las ya citadas SSTC 52/1987 (7-mayo), 136/1987 (22-julio) y 177/1993 (31-mayo). Y así podríamos concluir con la última de ella –la 177/1993–, diciendo que “una interpretación de la cláusula convencional, no sólo a la luz escueta del principio de igualdad sino también desde la perspectiva social que impone esa connotación de nuestro estado de derecho en conexión con la igualdad efectiva de individuos y grupos, para conseguir así la justicia (SSTC 123/1992 y 98/1993), hace caer por su base la referencia formal a la autonomía colectiva”. En consecuencia,

Fallamos

Que con desestimación del recurso interpuesto por la CONSELLERÍA DE SANIDADE E SERVICIOS SOCIAIS, confirmamos la sentencia que con fecha 2-octubre-1996 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº Tres de los de Orense, a instancia de doña M.D.G.D. y por la que se acogió la demanda formulada.

2903 RECURSO Nº 28/00

S. S.

CONTRATO EVENTUAL FRAUDULENTO, A SÚA EXTINCIÓN CONSTITÚE UN DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE.

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

A Coruña, a catorce de marzo de dos mil.
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. 28/2000 interpuesto por don F.S.G. contra la sentencia del Juzgado de lo Social número uno de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don F.S.G. en reclamación de despido siendo demanda la empresa “R.R., S.L.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 601/99 sentencia con fecha 19 de noviembre de 1999 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 F.S.G., mayor de edad y con D.N.I. número..., viene prestando servicios para la empresa “R.R., S.L.”, dedicada a la actividad de instalación de montajes eléctricos y de fontanería, desde el día 16 de marzo de 1999, con la categoría profesional de peón y un salario mensual de 114.000 pesetas, incluido prorrato de pagas extraordinarias, haciéndolo en virtud de contrato temporal suscrito al amparo del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, en redacción dada al mismo por la Ley 63/97, por circunstancias de la producción, contrato en cuya

cláusula séptima se disponía que su objeto era “exceso de trabajo”. Segundo.- Por medio de carta de fecha 31 de agosto, notificada al actor el mismo día, se le comunicó que su contrato finalizaba el día 15.09.99, cese que el actor considera que constituye un despido en base a que el contrato no indica con precisión y claridad la causa que lo justificaba y que por ello ha de entenderse que su relación laboral era indefinida, por lo que estima que el cese constituye un despido. Tercero.- La empresa demandada trabaja como subcontratista de “F.”, empresa ésta que le encargó unas labores específicas, por cuyo motivo se contrató al actor, el cuál sabía cuál era el motivo de su contratación. Cuarto.- Presentada papeleta de conciliación ante el S.M.A.C, el día 4 de octubre, la misma tuvo lugar en fecha 19 con el resultado de sin avances. Quinto.- El demandante 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 F.S.G. contra la empresa “R.R., S.L.”, debo absolver y absuelvo a ésta de las pretensiones contra ella deducidas”.

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 despido interpuesta por F.S.G. absolviendo libremente de la misma a la empresa demandada “R.R., S.L.” y contra este pronunciamiento recurre el demandante interesando en un primer motivo de suplicación la revisión de los hechos probados y en otros dos motivos, en sede jurídica, el examen del derecho aplicado en la meritada resolución, sobre la base de mantener que el contrato temporal suscrito al amparo del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción dada al mismo por la Ley 63/97, por circunstancias de la producción, suscrito entre el demandante y la empresa, fue celebrado en fraude de ley al no expresar con precisión y claridad la causa o circunstancia que lo justifica, y no haberse señalado las circunstancias motivadoras de la contratación.

SEGUNDO.- En lo atinente a la modificación del ordinal fáctico de la sentencia de instancia, y más en concreto, del hecho probado tercero a fin de que se suprima la frase “el cual sabía cual era el motivo de su contratación”, extendiendo, la parte recurrente, su pretensión supresoria a lo establecido en el fundamento jurídico primero, donde se repite la frase antedicha, cabe manifestar que ha de rechazarse la modificación a que se

contrae la petición del actor y es que, como se deriva de abundante doctrina jurisprudencial, de ociosa cita, el recurso de suplicación por su naturaleza extraordinaria no permite una nueva valoración de la prueba practicada como si de una segunda instancia se tratara, ni la parte interesada puede conseguir modificar los hechos probados si no es por el cauce y con los requisitos legales exigidos por el artículo 190 (hoy 191.b) Ley de Procedimiento Laboral y ello siempre que las pruebas documentales y periciales practicadas pongan de manifiesto un error inequívoco y evidente del juzgador, es decir, que se desprenda de un modo claro y concluyente sin necesidad de acudir a conjeturas o hipótesis más o menos razonables o lógicas”, siendo así que en el caso de autos, la parte actora recurrente pretende la modificación del relato histórico de la sentencia de instancia arguyendo que “no se cumple la exigencia constitucional de que exista una mínima actividad probatoria al no concurrir en autos medio de prueba alguno que se refiera al hecho concreto que se trata” no apoyando la revisión en documento o pericia hábiles a tal efecto que demostrasen el error del juez “a quo” en la valoración del acervo probatorio de autos sin que el mero alegato de amparo negativo de prueba o de la insuficiencia de los elementos de prueba para configurar el relato de hechos esté revestido de virtualidad a tales efectos, por más que la supresión, que asimismo interesa, de la frase inserta en la fundamentación jurídica de la sentencia “a quo”, tenga cabida en el ámbito de la revisión ex artículo 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral, sin perjuicio de lo que, al respecto, quepa argumentar en sede jurídica.

TERCERO.- En los motivos segundo y tercero de su recurso, con amparo procesal en el artículo 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral, pretende el examen de las infracciones de normas sustantivas o de la Jurisprudencia, invocando la infracción por inaplicación de la Disposición Derogatoria Única del Real Decreto 2.720/98 en relación con la aplicación por el juez del Real Decreto 2.546/94 expresamente derogado por aquella norma, así como la infracción por inaplicación del artículo 3.2 del Real Decreto 2.720/98 en cuanto a la necesidad de señalar con claridad y precisión la causa del contrato y artículo 9 del citado Real Decreto en cuanto al carácter indefinido de los contratos celebrados en fraude de ley. Ha de prosperar la censura jurídica a que se contrae el recurso articulado por el actor y es que con independencia de que en relación con la norma aplicable la cuestión no es de significativa trascendencia en relación con el fondo del asunto habida cuenta de la sustancial coincidencia del contenido de ambas normas, es lo cierto que, como determina la doctrina jurisprudencial, entre otras la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1994, “la

nota característica de la ‘acumulación de tareas’ es el desequilibrio existente en el binomio trabajo - personal, de modo que el volumen de trabajo excede notoriamente la capacidad de la plantilla” y como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1997, “no sólo requiere el que se concierten para atender las exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, aún tratándose de la actividad normal de la empresa, sino, además que, al ser concertado sea consignada con precisión y claridad la causa o circunstancia que lo justifique y que, en el desarrollo de la relación laboral, el trabajador sea ocupado en la ejecución de tales tareas”, esto es, el aspecto causal de la modalidad contractual temporal o dicho de otra forma, de los contratos temporales a que se refiere el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores comporta la exigencia de que en cada caso se demuestre la existencia de dicha causa de la contratación, de manera que si el contrato no especifica cuales sean la acumulación de tareas, circunstancias del mercado o exceso de pedidos, que justifique la contratación, limitándose a hacer constar que el objeto del contrato es el “exceso de trabajo” sin que luego se acredite la concurrencia del mismo, se genera la presunción de que el contrato sea por tiempo indefinido, deviniendo, si cabe, reforzada la exigencia de demostrar la causa de la temporalidad por mor de la Ley 63/97, antes Real Decreto Ley 8/97, siendo así que en el caso que nos ocupa no se evidencia actividad probatoria asaz para acreditar, por parte de la empresa demandada, la concurrencia de la causa que justificase la modalidad temporal de contratación llevada a cabo, por lo que la relación laboral debe considerarse indefinida sin que a ello sea óbice el hecho de que, como refleja el inalterado ordinal tercero y reitera el fundamento jurídico primero de la resolución de instancia, el motivo de la contratación del actor fuese el encargo por parte de “F.” a la mercantil demandada de “unas labores específicas” y que el actor conociese cual era el motivo de su contratación, porque de ello no se desprende que tales labores específicas significasen una carga laboral suplementaria que justificase la contratación de nuevos operarios con carácter coyuntural y sin que puedan compartirse los argumentos del juez de instancia relativos a que el actor no impugna la causa del contrato ni su cese como tal y que lo único que alega es que no se indicó con claridad y precisión su causa, pues el contenido del hecho tercero de la demanda es suficiente para colegir que la parte actora incide en la consideración de que “ha habido fraude de ley al no cumplirse las exigencias legales para la celebración de los contratos eventuales por circunstancias de la producción, en particular, las de precisión y claridad en la causa que lo justifica y carácter extraordinario de las circunstancias que generen

las tareas a desempeñar por el trabajador”, reiterando en el acto del juicio que “no hay causa que justifique la forma de contratación que se ha utilizado”.

CUARTO. En consecuencia, la relación laboral debe considerarse indefinida y por ende, el cese basado en causa inexistente equivale a un despido improcedente por lo que procede estimar el recurso y revocar la sentencia de instancia.

Fallamos

Estimando el recurso articulado por F.S.G. contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Vigo, de fecha 19 de noviembre de 1999, en autos nº 601/99, sobre despido, con revocación de la citada resolución, reconociendo el carácter indefinido del contrato que une a las partes en litigio, declaramos improcedente el despido del actor y condenamos a la empresa demandada a que, a su opción, que deberá ejercitarse en plazo de 5 días, lo readmita en las mismas condiciones o le indemnice en la cantidad de ochenta y seis mil doscientas tres pesetas (86.203 pts) y en ambos casos le abone los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de esta sentencia a razón de tres mil ochocientas pesetas día (3.800 pts), con aplicación, en su caso, de lo dispuesto en el art. 56.1.b) y 57 E.T.

2904 RECURSO N° 356/2000

S. S.

DESPEDIMENTO PROCEDENTE POR
TRANSGRESIÓN DA BOA FE
CONTRACTUAL.

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

A Coruña, a catorce de marzo de dos mil.
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. 356/2000 interpuesto por don M.E. contra la sentencia del Juzgado de lo Social número tres de Pontevedra.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don M.E. en reclamación

de despido siendo demandada la empresa “M.F.H., S.L.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 679/99 sentencia con fecha treinta de noviembre de mil novecientos noventa y nueve por el juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO .- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “Primero.- Don M.E., mayor de edad, con NIE..., vino prestando servicios por cuenta de “M.F.H., S.L.”, dedicada al comercio por mayor de pescado y marisco, desde el 01.07.99, para que se encargara en... Marruecos de la compra y selección de berberecho, encargo que posteriormente se amplió a la compra de todo tipo de pescado y cefalópodo; el salario pactado fue de 150.000 pts al mes. Se acordó también que, por cada mes de trabajo, el actor tendría una semana de vacaciones en España./ Segundo.- Con fecha 11 de septiembre de 1999 recibió el actor carta de despido que dice. “Lamentamos comunicarle que, con efectos del día de la fecha, 06.09.99, procedemos a despedirle de esta empresa, por los siguientes motivos: Esta empresa le envió a VD. a Marruecos para realizar compras de pescado y marisco, entregándole para este cometido una cantidad de dinero, que VD. no justifica con los gastos realizados, por lo que entendemos se ha quedado VD. con parte de este dinero. Al mismo tiempo, justifica como gasto 1000 DH como parte del sueldo, cuando éste ya se le había pagado. Faltó al trabajo, sin justificar su ausencia, desde el día 10 al 21 de agosto de 1999. Cuando el administrador de la empresa le pidió explicaciones de los gastos, VD. le insultó en presencia de otras personas. Alguna de dichas conductas al margen de constituir causa de despido, pudieran ser tipificadas como delito, por lo que nos reservamos las acciones legales pertinentes”./Tercero.- El 15.07.99 registró la empresa en el INEM contrato de trabajo, con firma que no pertenecía al actor, de “acumulación de tareas”, que no se definen, con duración del 15.07.99 al 14.01.00, con la categoría de mozo, en el centro de trabajo de O Grove, y una retribución de convenio, remitiéndose al Convenio de Comercio Alimentación./ Cuarto.- El actor se trasladó a Marruecos, con billetes abonados por la empresa, el 01.07.99 y se alojaba en..., en casa del Sr. G., administrador de “C.S.”, con quien mantiene relaciones comerciales la demandada, como quiera que el Sr. G., pasaba buena parte del mes en España, el demandante en tales períodos, tenía que comer y cenar por su cuenta. El actor realizaba llamadas telefónicas en las oficinas del Sr. G., por lo que entregó 1000 dirhams a su encargado por tal concepto./ Quinto.- El demandante recibió de la empresa una primera entrega de 300.000 pts, y ya en Marruecos, otra de 1.300.000 pts, de la que podría cobrar el mes de agosto, ya que en julio la

empresa le había entregado a su esposa, en España, 150.000 pts./Sexto.- El día 30 de julio falleció en Casablanca la madre del actor, trasladándose éste a dicha ciudad, previa notificación telefónica a la empresa, el día 02.08.99 regresando a... el día 16 siguiente, tales trayectos, los realizó en avión, abonando su precio con dinero de la empresa. Los días 7 y 8 de agosto, el gerente de la empresa estuvo en Casablanca con el actor y su hermano, realizando visitas a varios puertos cercanos./ Séptimo.- El demandante adquirió 80 KG de pulpo, abonando 61.038 dirhams y una partida de lenguadilla, lenguado y pulpo, por el que abonó un total de 5.178 dirhams. En lo que se refiere a esta última partida, el pescador acudió posteriormente a "C.S." reclamando el dinero y amenazando al Sr. G. con denunciarlo ante la policía, por lo que éste instó al gerente de la demandada, Sr. F., a que le entregara el dinero, lo que éste hizo./ Octavo.- El demandante, ante la carencia de precintos necesarios para guardar la mercancía en frigoríficos, compró los mismos y productos de limpieza preciso, por valor de 1000 dirhams, remitiéndolos desde Casablanca por autobús el 13.08.99./ Noveno.- El gerente de la empresa volvió a Marruecos a finales de agosto, indicándole al actor que debía darle cuenta de los gastos efectuados, ante lo que el actor reaccionó, indignándose, sin que consten expresiones utilizadas. El día 31 de agosto, y cuando el actor y el gerente, Sr. F., iban a tomar el avión hacia España 8 donde el demandante volvía de vacaciones), el actor entregó al gerente escrito de descripción de gastos, por importe de 86.136 dh, en el que se hacía constar que el quedaban 1000 DH en el banco (documentos que, por obrar en autos, se da por reproducido). Dado que la empresa presentó denuncia contra el actor, por el que se siguen Diligencias Penales, en el Juzgado de Instrucción número 2 de Cambados, el actor ingresó 16.000 ptas. (equivalente a 1000 DH) en la cuenta de consignaciones de dicho juzgado el 22.11.99."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que debo desestimar y desestimo la demanda de don M.E., declarando procedente el despido de que fue objeto el 11.09.99, absolviendo a la empresa "M.F." e "H., S.L" 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.- Recurre el actor la sentencia que declara procedente su despido en solicitud de su

revocación y de la estimación de la demanda, en el sentido de la declaración de improcedencia de aquel despido con sus consecuencias legales; a cuyo efecto y al amparo del art. 191.b), y c) LPL interesa la revisión de los HDP (motivos 1º, 2º, 3º y 4º) y denuncia (motivo 5º) la infracción del art. 54 E.T., con mención de concreta jurisprudencia y del principio de proporcionalidad, pro operario..., y también (motivo 6º) la inaplicación del art. 40 del E.T.

SEGUNDO.- Pide el recurso en su primer motivo que el H.P. 5º pase a declarar lo literal siguiente: "...1.- El demandante recibió de la empresa una primera entrega, mediante transferencia, de TRESCIENTAS MIL PESETAS (300.000.- PTAS.) que se convirtieron en DIECIOCHO MIL SEISCIENTAS SESENTA Y UNO, CINCUENTA Y CUATRO DIRHAM (18.661,54.- Dh.). 2.- El valor de equivalencia de las cotizaciones del Dirham a pesetas, en fecha de 18.08.99, es el siguiente: 100.- Pesetas equivalen a 16,2663 Dirham. Dicho de otra forma, 1.- Dh.equivale a 6,1476.- ptas. 3.- En la nota entregada por el actor (obrante en el ángulo superior derecha de los folios núm. 14, 42 y 55), el demandante hace la equivalencia a razón de 1.- Dh igual 6,03.- ptas. 4.- De la cantidad entregada en mano (1.300.000.- ptas. menos el salario de agosto, resultando 1.150.000.- ptas.), cuando el actor transformó dicha cantidad en Dirham, obtuvo por tal cambio la cantidad de SETENTA MIL SEISCIENTAS NOVENTA Y OCHO CON TRESCIENTAS CATORCE DIRHAM (70.698,314.- Dh.). 5.- De lo antes expuesto, resulta que el actor dispuso de OCHENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTAS CINCUENTA Y NUEVE CON OCHOCIENTAS CINCUENTA Y CUATRO DIRHAM (89.359,854.- DH.)".

De conformidad con lo dispuesto en los arts. 191.b) y 194 LPL y reiterada doctrina, una revisión de los H.P. en forma exige, aparte de fijar el hecho que ha de adicionares, rectificarse o suprimirse, citar correctamente la prueba documental o pericial que por sí sola y de manera manifiesta demuestre la equivocación del juzgador, así como precisar los términos en que deben quedar redactados los H.P. y su influencia en el signo del pronunciamiento; asimismo, pueden y deben ser objeto de revisión los hechos incluidos en los fundamentos de derecho de la sentencia que se recurre, pero con las mismas exigencias dichas. Partiendo de ello, la revisión propuesta, a la vista de su contenido y fundamento probatorio, no prospera por las siguientes consideraciones: A) El texto que como revisión se propone, aceptando que como se declara en el H.P. 5º el actor recibió de la empresa una primera entrega de 300.000 ptas. y ya en Marruecos otras de 1.300.000 ptas. (de la que podría cobrar el salario del mes de agosto), gira en torno a la equivalencia de peseta -dirham,

afirmando a lo largo del mismo: que las 300.000 ptas. de la primera entrega se convirtieron en 18.661,54 DH. (párrafo primero); que el valor de equivalencia de las cotizaciones DH- ptas. en 18/8/99 era de 1 DH= 6,1476 ptas. (párrafo 2); que en la nota del actor obrante a los folios 14,42 y 55 éste hace la equivalencia a razón de 1 DH= 6,03 ptas. (párrafo 3); que del 1.300.000 ptas entregadas en agosto (menos el salario de este mes) el actor obtuvo 70.698,314 DH (párrafo 4); y que, consecuentemente, el actor dispuso de 89.359,854 DH (párrafo 5). B) Sin embargo, aparte de mencionar las notas de los folios 14, 42 y 55, que en todo caso nada pueden probar en términos del art. 191.b) L.P.L. y a los efectos pretendidos, resulta que la revisión interesada no se funda en prueba alguna admisible obrante en el proceso, lo que ya propicia la inviabilidad de la revisión. Y es que si al inicio del motivo se dice pedir la adición de ciertos párrafos “dado que son hechos al alcance de todos, por públicos y notorios...”, en su inciso final se afirma que “se aportan, a los efectos ilustrativos documentos bancarios que acreditan los valores de conversión hasta ahora mantenidos”. Si lo primero sostenido en el motivo no es admisible, los “documentos bancarios” acompañados al recurso fueron rechazados por el tribunal por constituir una aportación extemporánea (auto de 18.02.00), aparte la falta de fehaciencia que presentaban. Pero es que, además, la parte se contradice esencialmente: 1.- A los folios 14, 42 y 55 aparece la nota: “Cambio en DH 100 ptas. = 6,03 DH”; y esto significa 1DH= 16,58 ptas. 2.- La afirmación que hace la parte de que 300.000 ptas se convirtieron en 18.661,54 DH significa que 1DH=16,07 ptas; e igual ocurre con las otras conversiones ptas-dirham que dice. Y 3.- A lo largo del recurso, el actor sigue utilizando la dicha equivalencia; como cuando en el motivo 4º dice literalmente: “...Así, el actor justifica como gastos en billetes de avión la cantidad de 2900 DH (esto es, alrededor de 47.172 ptas) frente al...”. Y C) A mayor abundamiento, a lo largo del recurso no se impugna expresa y debidamente el H.D.P. 9, en que el juzgador de instancia declara “...el actor ingresó 16.000 ptas (equivalente a 1000 DH) en la cuenta...” (incluso tampoco cuando en su fundamento Jurídico 4º la sentencia de instancia dice: “...por lo que existen 3489 DH (o lo que es lo mismo, 41.868 ptas) que no justifica el demandante en forma alguna”).

Se constata, en definitiva, que el H.P. 5º que se declara en la sentencia recurrida debe ser mantenido en sus propios términos, careciendo en puridad de auténtica relevancia la revisión propuesta. También la equivalencia ptas-DH que viene a manejar la resolución de instancia, que además es la que puede concluirse existía en las fechas de julio y agosto de que se trata; si bien no había una equivalencia de cotización directa

establecida entre DH y peseta, sí indirectamente a través de divisa común convertible, apareciendo por esta vía y en lo que el tribunal conoce una equivalencia en julio y agosto de 16 ptas=1DH prácticamente.

TERCERO.- Se interesa en el 2º motivo del recurso se añada un nuevo párrafo a los H.D.P., concretando que el H.P. 8º debía quedar redactado del siguiente modo: “...el actor abonó, con el dinero de la patronal, 1300 DH destinados al abono del combustible...”.

No procede la revisión. Su único fundamento probatorio radica: “En apoyo de tal pretensión, se recurre a la excepcionalidad prevista en la L.E.C.; en efecto, con posterioridad al acto del juicio oral, al actor se le hizo llegar una factura por importe de 1.300 DH en gasto de combustible”; sin embargo, mencionado “justificante” no fue admitido por la sala en función de las previsiones del art. 231 L.P.L. (auto de 18.02.00); aparte de que también la empresa cuestionó fundamentalmente su aptitud probatoria en la impugnación del recurso.

CUARTO.- En el tercer motivo del recurso el actor pide, literalmente, la revisión siguiente: “...que se añada al 8º H.D.P. la siguiente puntualización “...el actor remitió los precintos desde Casablanca a Dakhla... sufragando tal envío con el dinero entregado por la patronal...”. En apoyo de tal adicción, no remitimos al documento (cartón) obrante al folio núm. 60. De las adicciones hasta ahora solicitadas (de acuerdo con los motivos Primero, Segundo y tercero), en los H.D.P. se debería hacer constar las siguientes operaciones: **89.359,854.- Dh. (recibidas de la patronal) ** -87.136,500.- Dh. (doc. obrante al folio 14). **- 1.300,000.- Dh. (gastos combustible). 923,354.- Dh. Restantes de Justificación (esto es, 15.020.- ptas.). Con las que tuvo que sufragar los portes por enviar los precintos desde Casablanca a Dakhla”. El “cartón” del folio 60 no acredita oportunamente la remisión de los precintos... sino, a lo sumo, que el actor remitió en 13.08.99 de Casablanca a Dakhla un paquete en los términos que se reflejan en dicho folio; único hecho que procede adicionar al contexto del H.D.P. 8º de la sentencia recurrida. Lo restante del motivo revisor ni siquiera constituye contenido propio de H.P. sino operaciones de signo valorativo que, además, carecen del apoyo probatorio que se dice, pues no fueron admitidas las revisiones solicitadas en los dos primeros motivos del recurso y se mantienen los H.D.P. de la sentencia de instancia, y lo obrante al folio 14 carece de eficacia revisora, habiendo sido ya oportunamente valorado por el juzgador de instancia.

QUINTO.- El 4º motivo del recurso, como denuncia la empresa en su impugnación, no encierra verdaderamente un motivo de revisión de los H.D.P., o al menos no se formula del modo

obligado y con la apoyatura precisa. En ningún caso puede acogerse. Dice la parte en tal motivo que “de admitirse las adiciones propuestas resultaría que el actor justificaría, mediante gastos... el consumo o inversión del total del dinero entregado...”. Esto no es sino argumentación y conclusiones de parte que no deben formularse al amparo del art. 191.b) L.P.L. Acto seguido, el recurrente se refiere al pago de ciertos billetes de avión y a la confesión del demandado en juicio. Tampoco tiene eficacia alguna la alegación en términos del art. 191.b) L.P.L., pues aparte de que ni se indica H.P. a revisar y en qué sentido, la confesión no es prueba apta al efecto. En los párrafos siguientes del motivo la parte insiste en argumentaciones y valoraciones subjetivas sin llegar a concretar una pretensión admisible de revisión de los H.D.P. y en qué forma, con qué prueba hábil... En este contexto, aparte de la confesión, se cita el folio 36, que contiene una factura por un viaje en torno al que la parte sigue haciendo consideraciones sin otro valor que el argumentativo, terminando por referirse también al acta de juicio. En definitiva, el motivo 4º del recurso, formulado al amparo del art. 191.b) L.P.L. y “en cuanto a la revisión de los H.D.P.”, resulta inviable por las consideraciones expuestas.

SEXTO.- En el motivo 5º del recurso, ya formulado vía art. 191.c) L.P.L., el actor aduce, en esencia, que conforme al art. 54 E.T. el despido precisa de un incumplimiento grave y culpable, considera que se ha vulnerado el criterio “gradualista de proporcionalidad y adecuación entre el hecho imputado y el comportamiento del trabajador...”, que no se han tenido en cuenta las circunstancias del trabajador... De conformidad con los H.D.P: el actor fue despedido mediante carta con la imputación que refleja el H.P. 2º; y dentro de ello, el juzgador de instancia declara acreditado (H.P. 4º, 5º, 6º, 7º, 8º y 9º; y fundamentos Jurídicos 4º y 5º, con su valor oportuno también fáctico), por un lado, que el actor abonó los billetes de Dakhla a Casablanca y regreso, con dinero de la empresa a pesar de tratarse de un desplazamiento en virtud de una licencia retribuida concedida al actor y no de desplazamiento ordenado por la empresa y por motivos laborales o de otra clase y que debiera sufragar la empresa; y por otro lado, que habiendo confiado la empresa dinero cierto al actor, éste no documentó suficientemente los justificantes de los gastos y los entregó a la empresa como resultaba obligado, provocando con ello (fundamento jurídico 5º) “dudas o duplicidad de pagos por la empresa” y, además, con utilización “del dinero de la empresa para gastos particulares, sin autorización, y la falta de justificación de parte del dinero entregado”. Semejante conducta laboral del demandante que el juzgador de instancia ha declarado acreditada

en función de la prueba íntegra practicada en juicio y de sus facultades al efecto (art. 97.2 L.P.L.), y que no se ha visto desvirtuada con el recurso interpuesto, ni en las cuantías del dinero entregadas por la empresa (pesetas-dirham) ni en lo restante, constituye un incumplimiento contractual grave y culpable que materializa la causa de despido prevista en el art. 54.2.d) del E.T. Y es que tal la supone, de un lado, la utilización de dinero de la empresa para gastos particulares sin estar autorizado al efecto, como ocurrió con el abono de los billetes en avión de Dakhla a Casablanca y regreso (cuando falleció la madre del actor), que fue con licencia concedida al efecto por la empresa, sin asunción de gastos ni obligación de sufragarlos (Fundamentos Jurídicos 1º y 4º de la sentencia de Instancia); y de otro, tanto la falta de diligencia a la hora de documentar los justificantes de gastos y entregarlos a la empresa, provocando partidas sin aclarar e, incluso, duplicidad de gastos, cuanto la falta de justificación de parte del dinero entregado que a partir de los H.D.P. motivadamente concluye y afirma el juzgador de instancia (habiendo ingresado el actor, incluso, 16.000 ptas. en la cuenta de consignaciones del juzgado tras denuncia penal formulada por la empresa; H.P. 9º). En definitiva, la gravedad de la conducta resulta evidente, máxime cuando tan esencial como la gestión del dinero de la empresa resulta ser la justificación de su uso, con la consiguiente elaboración y dación de cuentas y devolución de sobrante; lo que el actor no hizo en el momento y la forma obligadas, infringiendo deberes esenciales para con la empresa, aparte de otras conductas con ello vinculadas.

SÉPTIMO.- Tampoco, en fin, la infracción que del art. 40 E.T. se denuncia en el último motivo del recurso puede propiciar la revocación de la sentencia recurrida. Se invoca tal infracción a los efectos de sostener que conforme al contrato de trabajo, el centro laboral estaba en O Grove y que en caso de desplazamiento “se tiene derecho a gastos de viaje y dietas...” y que es incorrecto considerar el despido procedente “en base a que el actor sufragase los billetes de avión (a cargo de la empresa) cuando disfruta de una semana de descanso”. Sin embargo, en el H.P. 1º (no impugnado en el recurso) se declara que el actor vino prestando servicios por cuenta y orden de la demandada “para que se encargara en Dakhla-Marruecos de la compra y selección de berberecho, encargo que posteriormente se amplió a la compra de todo tipo de pescado y cefalópodo”; y en el fundamento jurídico 1º la sentencia de instancia se afirma que el contrato no fue firmado por el actor “pues éste ya marchara a Marruecos, por lo que los pactos allí convenidos no pueden tenerse como fruto de la voluntad de las partes...”. En definitiva, decae el fundamento explicitado de la infracción y alegación que

contiene el motivo. Motivo en todo caso carente de trascendencia en el contexto probado para constituir argumento que desvirtúe la sentencia recurrida; la cual da por acreditado que la empresa autorizó al traslado del actor de Dakhla a Casablanca por causa exclusivamente de licencia concedida al hilo de haber fallecido la madre y sin ninguna obligación asumida o a asumir de sufragar los gastos del viaje (H.P. 6º y fundamentos jurídicos 2º y 4º); aparte de la existencia de una conducta más compleja del actor, que propicia el encuadramiento en la causa de despido del art. 54.2.d) E.T.

OCTAVO.- Por consiguiente, la Sentencia de instancia, por sus propios fundamentos, no desvirtuados a través del recurso según lo que se dejó razonado, se ajusta a derecho, declarando procedente el despido del actor haciendo aplicación oportuna del art. 54.2.d) E.T. a la conducta que dentro de lo imputado al mismo se ha acreditado, por lo que procede, con rechazo del recurso interpuesto, su confirmación.

Fallamos

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por don M.E. contra la sentencia que con fecha 30.11.99 dictó el Juzgado de lo Social nº 3 de Pontevedra en autos nº 679/99 tramitados por despido a instancias del recurrente frente a la empresa “M.F.H., S.L.”, confirmamos la sentencia recurrida.

2905 RECURSO Nº 7/99

S. S.

INTERPRETACIÓN DE CONVENIO COLECTIVO EN MATERIA DE LIBERADOS SINDICAIS.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio González Nieto

A Coruña, a quince de marzo de dos mil.
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 núm. 7/99 a instancia de la FEDERACIÓN DO ENSINO DA CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA (CIG-ENSINO) representados por don B.A.C. y asistidos por el letrado don A.F.M.R., contra las demandadas la CONSELLERÍA DE

EDUCACIÓN E ORDENACIÓN UNIVERSITARIA DA XUNTA DE GALICIA, representada y asistida por el letrado don S.V.V., UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES, (FETE-UXT), SINDICATOS DE COMISIONES OBRERAS, (FEDERACIÓN ENSINO), UNIÓN SINDICAL OBRERA (USO-FEDERACIÓN ENSINO), SINDICATO DE ENSINO PRIVADO DE GALICIA (SEPG), FEDERACIÓN DE SINDICATOS INDEPENDIENTES DE ENSEÑANZA (FSIE), CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE CENTROS DE ENSEÑANZA (CECE) no comparecieron pese a estar citados en legal forma y FEDERACIÓN DE CENTROS DE EDUCACIÓN E XESTIÓN DE GALICIA, representada y asistida por la letrada doña M.B.C.R., siendo el objeto de la reclamación CONFLICTO COLECTIVO.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Con fecha 24 de diciembre de 1999, se recibió en esta sala demanda de Conflicto Colectivo formulada por la FEDERACIÓN DO ENSINO DA CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA, contra las demandadas antes ya mencionadas, en la que suplicaba se dicte sentencia por la que se declare el derecho de la central sindical demandante a acumular horas de los miembros del comité de empresa o delegados de personal pertenecientes a su organización en uno de ellos, que designe la propia central, que figure como liberado, exento de prestación efectiva de servicios en su centro de trabajo, sin perjuicio de su remuneración, condenándose a las demandadas a pasar por tal declaración, convocándose a las partes a los actos de conciliación y juicio que tuvieron lugar el 20 de febrero último, con la asistencia de la parte actora que ratificó su demanda, y la Consellería de Educación e Ordenación Universitaria da Xunta da Galicia, acordándose en este acto la ampliación de la demanda contra el resto de las demandadas firmantes tanto del convenio como del acuerdo autonómico, señalándose nuevamente la conciliación y juicio para el próximo día 9 de marzo, para cuya fecha fueron convocadas las partes. Por la parte actora se ratifica en su demanda y por las demandas se opusieron a la misma por los motivos que constan acreditados en autos, recibido el juicio a prueba, por las partes se propuso documental, que declarada pertinente se unieron los documentos a los autos aportados a tal fin; seguidamente las partes hicieron uso de la palabra para conclusiones, insistiendo en sus peticiones respectivas quedando el juicio visto a efectos de votación y fallo. En la tramitación de este juicio se han observado las prescripciones legales. De todo lo actuado en juicio se DECLARAN PROBADOS:
Hechos probados

1º) Por la Federación DO ENSINO da Confederación Intersindical Galega (CIG-ENSINO), se interpone demanda de conflicto colectivo contra la Consellería de Educación y Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia, Unión General de Trabajadores (FEITE-UXT), Comisiones Obreras (CC.OO.- Federación do Ensino), Unión Sindical Obrera (USO-Federación do Ensino), Sindicato de Ensino Privado de Galicia (SEPG), Federación de Sindicatos Independientes de Enseñanza (FSIE), Confederación Española de Centros de Enseñanza (CECE), Federación de Centros Educación e Xestión de Galicia, con la pretensión de que se declare el derecho de la central sindical demandante a acumular horas de los miembros del comité de empresa o delegados de personal, pertenecientes a su organización, en uno de ellos que designe la propia central de manera que quede como liberado, y consecuentemente, exento de la prestación efectiva de servicios en su centro de trabajo, sin perjuicio de su remuneración, condenando a las demandadas a estar y pasar por dicha declaración y a adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento de la misma. 2º) Por la central sindical citada, se solicitó de la Consellería de Educación y Ordenación Universitaria, con fecha 26.07.99, y en base al art 79 del tercer Convenio Colectivo de Empresas de Enseñanza Privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos, que se emitiese la correspondiente autorización por parte de la consellería para que una persona designada por la CIG, en tiempo y forma y con las correspondientes renuncias individuales de los delegados de dicho sindicato, -a parte de su crédito horario- fuera relevada de su trabajo a tiempo total con efectos de 15.09.99; Comprometiéndose la CIG a respetar escrupulosamente esta acumulación de los créditos horarios de los distintos delegados y delegadas de esta organización sindical, y a comunicar a las partes la persona designada y la cesión de los correspondientes créditos horarios. Solicitud que fue denegada por escrito o resolución de 29.09.99 del Director General de la Consellería de Educación y Ordenación Universitaria del siguiente tenor: "Le comunico que con fecha 01.08.97 se firmó el acuerdo sobre derechos sindicales en los centros de enseñanza concertados entre la Consellería de Educación y Ordenación Universitaria, las organizaciones patronales de enseñanza privada concertada y las organizaciones sindicales U.G.T., F.S.I.E., CC.OO., S.E.P.G. e U.S.O. de enseñanza privada de la comunidad autónoma de Galicia. Dicho acuerdo con fecha 28.07.99, fue prorrogado hasta el 31 de agosto de 2000, con la consiguiente redistribución de liberaciones adjudicadas: U.G.T... 4, F.S.I.E...3, U.S.O...2, CC.OO...2,

S.E.P.G...1, C.I.G.A...0. Por lo anteriormente expuesto, esta Dirección General de Centros e Inspección Educativa entiende que no procede acceder a lo solicitado por la Organización Sindical CIG. 3º) Por Resolución de 24.09.97 de la Dirección General de Trabajo, se dispuso la inscripción en el registro y publicación del tercer convenio colectivo de empresas de Enseñanza Privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos; convenio que fue suscrito con fecha 08.06.97, de una parte, por la Confederación de Centros de Educación y Gestión, la Confederación Española de Centros de Enseñanza (CC) y la Asociación Profesional de Servicios Educativos de Cataluña en representación de las empresas del sector, y de otra, por las organizaciones sindicales U.S.O. y F.S.I.E. en representación del colectivo laboral afectado. Dicho Convenio fue prorrogado hasta el 31 de agosto del año 2000.

4º) Con fecha 01.08.97 se firmó un acuerdo o pacto sobre derechos sindicales en los centros de enseñanza concertados, entre la Consellería de Educación y Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia, las organizaciones patronales de enseñanza privada concertada y las organizaciones sindicales U.G.T., F.S.I.E., CC.OO., S.E.P.G. e U.S.O. de enseñanza privada de la comunidad autónoma de Galicia, estableciéndose en su cláusula tercera, tres pactos: 1º) se pone un tope de liberados entre 12 y 21; 2º) dentro de este tope se establece un reparto proporcional en base a la representatividad de las organizaciones sindicales y 3º) en último término, se supeditaba la ampliación a las dotaciones presupuestarias.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Antes de entrar en el fondo del asunto, y con carácter previo, procede analizar las excepciones alegadas. Así: por la Xunta de Galicia se alega falta de conciliación previa con los empresarios y las organizaciones sindicales del sector, así como defecto legal en la interposición de la demanda al no haber acudido con carácter previo a la comisión paritaria; y por la Federación de Centros de Educación y Gestión de Galicia, las excepciones de inadecuación de procedimiento y falta de acción, por entender que el procedimiento de conflicto colectivo no era el adecuado, sino que debería haberse impugnado el acuerdo por la vía del procedimiento de impugnación del convenio colectivo, en este caso extraestatutario, así como que la parte actora no tenía un interés jurídicamente protegible respecto a la administración. Por lo que respecta a la primera excepción de falta de conciliación previa con respecto a las patronales de enseñanza, procede su rechazo, por cuanto se intentó sin efecto conciliación con la administración,

quedando exceptuados del cumplimiento de este requisito aquéllos procesos en los que siendo parte demandada el estado u otro ente público, también lo fueren personas privadas, siempre que la pretensión hubiera de someterse al trámite de reclamación previa y en éste pudiera decidirse el asunto, así como los supuestos en que, iniciado el proceso, fuere necesario dirigir la demanda frente a personas distintas de las inicialmente demandadas (art. 64.2. ap. a) y b) de la L.P.L.). Por lo que respecta a la excepción de defecto formal en la presentación de demanda de conflicto colectivo, por no haber acudido el sindicato actor a la comisión paritaria, se rechaza igualmente, por cuanto de conformidad con el art. 5 del Convenio Colectivo de Enseñanza Privada, la intervención de la comisión paritaria se refiere a la interpretación, mediación y arbitraje de lo establecido en el convenio colectivo de ámbito estatal, que no es el caso, pues el conflicto está limitado a Galicia y en relación con un acuerdo o pacto celebrado en esta comunidad autónoma. En lo referente a las excepciones de inadecuación de procedimiento y de falta de acción, que también se alegan, no merecen favorable acogida, pues, en cuanto a la primera, porque el conflicto versa sobre la interpretación y alcance de una norma del convenio colectivo estatal en relación con un acuerdo o pacto celebrado dentro de la comunidad autónoma de Galicia (art. 151.1 LPL), y, en cuanto a la falta de acción, porque el conflicto existe, dado que se ha pedido en solicitud a la Xunta lo que ahora se interesa en demanda, siendo esta última quien está pagando o va a pagar a los delegados de personal liberados por acumulación de horas.

SEGUNDO.- Entrando en el fondo del asunto, el problema que suscita el Sindicato demandante consiste en determinar el alcance del art. 79 del Tercer Convenio Colectivo de Centros de Enseñanza Privados Subvencionados total o parcialmente con fondos públicos, de aplicación en todo el territorio español, en cuanto permite que las centrales sindicales con derecho a formar parte de la mesa negociadora del convenio puedan acumular las horas de los distintos miembros de los comités de empresa y, en su caso, de los delegados de personal pertenecientes a sus organizaciones, en aquellos trabajadores, delegados o miembros del comité de empresa, que las centrales sindicales designen, sin que -a juicio del sindicato actor- se establezca un tope de liberados, frente al acuerdo o pacto autonómico, suscrito por la Xunta de Galicia, las centrales sindicales y las patronales de centros privados subvencionados, en el que se establecen determinados límites para acumular el crédito horario de los representantes, teniendo en cuenta un reparto proporcional en base a su representatividad en el sector y que supedita su ampliación a una dotación presupuestaria, lo que

implica que en esta Comunidad Autónoma se haya limitado esa libertad de los sindicatos impidiendo la liberación de un representante de la C.I.G., no estando legitimada la comunidad autónoma para poner dicho tope, conculcándose los arts. 14 y 28 de la Constitución Española. Por el contrario, la demandada Xunta de Galicia se opone a la pretensión actora alegando, fundamentalmente, que el convenio colectivo estatal no es aplicable a esta administración autonómica al caer la misma fuera de su ámbito de aplicación, estableciendo el párrafo 3º de su art. 79 la necesidad de pactar con la administración; de ahí que en virtud del acuerdo autonómico la Xunta de Galicia financia o subvenciona un total de 12 liberados, estando la ampliación supeditada a los acuerdos presupuestarios, sin que se pueda obligarse a la misma al pago de más liberados de los que se citan en el acuerdo. Por la Federación de Centros de Educación y Gestión de Galicia, se entiende que en ningún caso sería aplicable el convenio colectivo de ámbito estatal, al no haberse cumplido los requisitos que se estipulan en el citado art. 79 del convenio, al haberse omitido la comunicación a las organizaciones patronales correspondientes el deseo de acumular las horas de sus delegados, así como la obligación de comunicar con anterioridad a la liberación, el nombre del trabajador designado, previa expresa aceptación del mismo (art. 79 del convenio colectivo), por lo que la patronal del sector, no sabe si el que se pretende liberar está afectado por el pago delegado o no. En función de las alegaciones expuestas el tribunal llega a la conclusión de que la demanda no puede prosperar por las siguientes consideraciones: 1.- El art. 79 del Convenio Colectivo de Empresas de Enseñanza Privada, sostenidas total o parcialmente con fondos públicos dispone lo siguiente: "Para facilitar la actividad sindical en la empresa, provincia, Comunidad Autónoma o Estado, las centrales sindicales con derecho a formar parte de la mesa negociadora del convenio podrán acumular las horas de los distintos miembros de los comités de empresa y, en su caso, de los delegados de personal pertenecientes a sus organizaciones, en aquellos trabajadores, delegados o miembros del comité de empresa que las centrales sindicales designen. Para hacer efectivo lo establecido en este artículo, los sindicatos comunicarán a la organización patronal correspondientes el deseo de acumular las horas de sus delegados. Las organizaciones legitimadas para la negociación de este convenio podrán pactar con las administraciones competentes la liberación de los trabajadores incluidos en pago delegado. Las administraciones correspondientes harán efectivos los salarios de dichos liberados según la legislación vigente. Los sindicatos tienen la obligación de comunicar por escrito al

empresario, con antelación a la liberación, el nombre del trabajador designado, previa aceptación expresa del mismo". Asimismo, el art. 1º del referido convenio dispone que: "El presente convenio es de aplicación en todo el territorio del estado español. No obstante, en aquellas comunidades autónomas con competencias exclusivas o competencias plenas transferidas, podrán negociarse convenios colectivos para su aplicación en su ámbito territorial. Para ello será necesario el previo acuerdo de las organizaciones patronales y sindicales, legitimadas en los ámbitos de negociación, que alcancen la mayoría de su respectiva representatividad. En este supuesto el convenio de ámbito estatal será derecho supletorio dispositivo respecto a las materias no negociadas en el ámbito autonómico". 2.- Sentado lo anterior, la sala estima que no existe vulneración del art. 79 párrafo 1º del Convenio Colectivo de Empresas de Enseñanza Privada, sostenidas total o parcialmente con fondos públicos, porque su párrafo tercero se remite expresamente a la necesidad de pactar con las administraciones competentes, la liberación de los trabajadores incluidos en pago delegado, que es el supuesto aquí contemplado; y ello porque las administraciones son las que han de hacer efectivos los salarios de dichos liberados, según se desprende del párrafo cuarto del indicado precepto. Consecuentemente, el acuerdo autonómico de que se ha hecho mención no conculta los arts. 68 del Estatuto de los Trabajadores y 79 del convenio colectivo nacional, al ser un "desarrollo" de lo previsto en este último y con independencia de su naturaleza supletoria; sin que tampoco concurra la supuesta vulneración del art. 14 de la CE y del derecho fundamental a la libertad sindical consagrado en el art. 28 de la norma fundamental, ya que ni el acuerdo celebrado con la Xunta de Galicia se impugna expresamente (en el acto del juicio se reiteró su no impugnación), ni del mismo se desprende esa hipotética vulneración, pues la posibilidad de acumulación subvencionada en pago delegado -de miembros del comité de empresa y delegados de personal- se ha convenido y establecido en base al criterio de la mayor representatividad obtenida por los distintos sindicatos en los órganos unitarios de los trabajadores, además de estar limitada o condicionada por consideraciones de tipo presupuestario, lo que aleja toda idea de discriminación y lesión de la libertad sindical, dada la distinta situación de la CIG en función de la menor representatividad por ella obtenida, y de la remisión que efectúa el art. 79, párrafo 3º del convenio colectivo nacional a la necesidad de pactar con las Administraciones competentes, la liberación de los trabajadores incluidos "en pago delegado", que es precisamente lo que aquí ha

sucedido. Procede, por tanto desestimar la demanda de conflicto colectivo y absolver libremente de la misma a todos los demandados. Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos la demanda de conflicto colectivo interpuesta por la representación de la FEDERACIÓN DO ENSINO DA CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA (CIG-ENSINO) absolviendo a los demandados Consellería de Educación e Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia, Unión General de Trabajadores (FEITE-UXT), Comisiones Obreras (CC.OO.-Federación do Ensino), Unión Sindical Obrera (USO-Federación do Ensino), Sindicato de Ensino Privado de Galicia (SEPG), Federación de Sindicatos Independientes de Enseñanza (FSIE), Confederación Española de Centros de Enseñanza (CECE), Federación de Centros EDUCACIÓN E XESTIÓN DE GALICIA .

2906 RECURSO N° 16/97

S. S.

INTERPRETACIÓN DE CONVENIO COLECTIVO SOBRE PROCEDIMENTO DE COBERTURA DE VACANTE.

PONENTE: Ilmo. Sr. Don Manuel Domínguez López

A Coruña, a diecisiete de marzo de dos mil.
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. 16/97 interpuesto por don F.B.G. 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 F.B.G. en reclamación de impugnación cobertura vacante siendo demandado ente público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA) y don R.L.G. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 586/96 sentencia con fecha treinta de octubre 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: “1º.- Don F.B.G., mayor de edad, con D.N.I..., viene prestando sus servicios por cuenta del Ente Público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA), en el aeropuerto de Vigo, como bombero en el Servicio de Salvamento y Extinción de Incendios.- 2º.- El día 29.02.96 causó baja por jubilación anticipada el jefe de dotación del S.E.I. don J.I.L., quedando vacante dicha plaza a partir de esa fecha. El día 20.03.96 se convocó reunión de empresa con el personal, sometiéndose a votación la posibilidad de cubrir la vacante mediante promoción o a través de reciclaje. Todos los presentes, salvo el actor se manifestaron conformes con el reciclaje. El día 24.04.96 el comité de empresa acordó informar favorablemente la cobertura de la plaza indicada vacante, mediante reciclaje, en la personal de mayor antigüedad en el parque de bomberos que hubiera realizado trabajos de superior categoría como jefe de dotación. El día 26 de junio se acordó reciclar a la categoría de jefe de dotación a R.L.G.- 3º.- Con fecha 22 de mayo el secretario general de la Federación de Administración Pública, remite al Sr. Director de Planificación y Desarrollo de Recursos Humanos de AENA escrito en el que muestra su desacuerdo con el procedimiento de cobertura de la plaza a través de reciclaje.- 4º.- El Convenio Colectivo del Ente Público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea, dispone en le capítulo IV y V, la organización del trabajo y provisión de puestos, contratación e ingresos. En los artículos 10, 11 y 12 se establece la forma de provisión en el artículo 24 del mismo convenio el sistema de reciclaje, dándose aquí por reproducidos tales artículos, para evitar repeticiones.- 5º.- El actor ostenta la condición de delegado sindical por la C.I.G..- 6º.- Se formuló reclamación previa agotándose la vía administrativa”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por don F.B.G. contra AENA, ENTE PÚBLICO AEROPUERTOS ESPAÑOLES Y NAVEGACIÓN AEREA y contra don R.L.G., debo absolver y absuelvo a dichos demandados de las pretensiones de la demanda”.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante/demandado 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 actor la sentencia de instancia que desestimó su demanda solicitando la

revocación de la misma y acogimiento de sus pretensiones para lo cual invoca motivos fácticos y jurídicos, entre los primeros –con amparo en el art. 191.b) LPL-, solicita: a) que al ordinal segundo se añada la expresión que propone: “Como consecuencia de dicha baja por jubilación del jefe de dotación del SEI, el Director del Aeropuerto de Vigo en la misma fecha de 29.02.96, envió por FAX a la Dirección de Planificación de RRHH de Aena el mensaje de que es indispensable la creación de una plaza de jefe de dotación (nivel 3) cuya cobertura se hará por promoción intracentro. Plaza cuya creación se propone por dicha dirección de planificación y RRHH el 04.06.96 y que se autoriza por la DG de AENA el 10.06.96”; cita en apoyo de tal pretensión los documentos obrantes a los folios nº 54 y 55. Procede la adición postulada por cuanto de los documentos que se invocan resulta la propuesta que se efectúa, debiendo tenerse en cuenta que dichos documentos corresponden a la codemandada AENA, parte contraria del proponente, y por tanto exentos de toda tacha. En segundo lugar se propone: b) que al ordinal tercero se adicione la expresión: “Dicho director le contestó por carta de fecha 04.06.96, informándole que la cobertura de la plaza por la que se interesaba se está realizando en base al procedimiento establecido en el capítulo V, según lo dispuesto en el art. 10 II y anexo IV del 1 convenio colectivo de AENA”; cita en apoyo de su pretensión los documentos obrantes a los folios 24, 56 y 57 de los autos. Procede la adición postulada por iguales razones que en el anterior supuesto.

SEGUNDO.- En sede jurídica, al amparo del art. 191.c) LPL, denuncia el actor la infracción por no aplicación del capítulo V Art. 10.II y 21 y anexo IV del I convenio colectivo de AENA, en relación con los arts. 23, 24 y 25 LET, así como aplicación indebida del art. 24 del citado convenio colectivo. El motivo parte del presupuesto de entender que la vacante producida por la jubilación del anterior jefe de dotación SEI y que fue amortizada, es la misma vacante cuya creación se autoriza por la DG RRHH en marzo 96 para la cual se establece su cobertura por el cauce ordinario, con lo que se concluye que se ha seguido un procedimiento de cobertura (el reciclaje) no permitido; en segundo lugar se alega que en todo caso no existen los motivos tecnológicos, organizativos o productivos que justifiquen el reciclaje, invocación esta no esgrimida en la demanda ni en el acto del juicio. Efectivamente parece un contrasentido que se incentive una jubilación anticipada para amortizar un puesto de trabajo y a continuación se solicite autorización para la creación de ese mismo puesto de trabajo, no obstante tal contrasentido tiene plena cabida dentro del marco de reestructuración de plantillas en las empresas donde se trata de lograr

esencialmente el consenso y la voluntariedad en dichas bajas de modo que no se produzcan excesivos traumas, dicho marco es el que se corresponde con la existencia de causas organizativas que exigen la mejor utilización de los medios materiales y aplicación de los recursos humanos dentro de la empresa, y viene a echar por tierra el argumento, invocado ex novo por el recurrente de ausencia de dicha motivación justificadora, basta un mero examen complementario de las actuaciones para hallar el “Análisis de plantilla del Aeropuerto de Vigo” de noviembre de 1993 donde se observa que en el grupo de operaciones aparece que son precisos tres jefes de dotación, los existentes, mientras que sobran cinco bomberos (plantilla a la sazón 17 y plantilla horizonte 12), consecuentemente concurren en la reorganización pretendida las circunstancias organizativas que la justifican, lo que supone rechazar el argumento no sólo por defecto formal (cuestión nueva) sino también en cuanto al fondo. En segundo lugar, si bien es cierto que por la DG RRHH se autorizó la creación de la plaza de jefe de dotación, previamente amortizada, para cubrirla por el sistema ordinario lo cierto es que con posterioridad también se autorizó a los órganos de gestión del Aeropuerto de Vigo acudir al sistema de reciclaje, del art. 24 del convenio que excluye el sistema ordinario, siempre que se cumplan las exigencias establecidas para su aplicación cuales son: a) la decisión de AENA de acudir a dicho sistema por motivos tecnológicos, organizativos o productivos y autorización laboral; ya se dijo en el precedente que efectivamente existen en la empleadora demandada motivos organizativos que justifican suficientemente que pueda acudir al sistema de reciclaje y así lo acordó. En cuanto a la autorización administrativa debe tenerse por innecesaria dada la modificación de LET producida en Ley 11/1994, de 19 de mayo, que ha dado lugar al nuevo texto refundido, junto con otras modificaciones del referido texto, del ET aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, que da nuevo contenido al vigente artículo 41, y ya no se precisa autorización, ni siquiera mera comunicación administrativa que ahora ve reducidas sus competencias en esta materia en la forma prevista legalmente, pudiendo hacerlo la empresa de forma unilateral, o pactada con la representación social, sin perjuicio del sometimiento a las formalidades prescritas y que puede ser objeto de impugnación individual y colectiva, ante el orden jurisdiccional social, en la forma, también, expresamente regulada, consecuentemente aunque el convenio colectivo exija dicha autorización tal exigencia ha quedado vacía de contenido, en igual sentido se pronuncia la STSJ de Cantabria de 29.03.99. En segundo lugar, b) el precepto exige el informe previo de las secciones sindicales así como informe

favorable del comité de centro o delegados de personal, habiéndose producido ambos informes favorablemente para acudir al sistema de reciclaje, con proscripción del sistema ordinario de cobertura, consecuentemente no se produce infracción alguna del art. 10 y concordantes del convenio por inaplicación ya que la inaplicación de dicha normativa viene prevista en el propio convenio colectivo, cuando se acude al sistema excepcional que él mismo regula, consecuentemente no incurre la resolución recurrida en los defectos imputados procediendo su confirmación previa desestimación del recurso planteado. Por todo lo expuesto, vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

Fallamos

Que desestimamos el recurso de suplicación formulado por F.B.G. contra la sentencia dictada el 30.10.96 por el Juzgado de lo Social nº 5 de Vigo en autos nº 586/96 seguidos a su instancia contra ENTE PÚBLICO AEROPUERTOS ESPAÑOLES Y NAVEGACIÓN AEREA (AENA) Y CONTRA R.L.G., resolución que se mantiene en su integridad.

2907 RECURSO N° 144/97

S. S.

CONCORRENCE DO REQUISITO DA CARENCIA, A EFECTOS DO DEVENGO DE PENSIÓNS DE VIUVEZ E ORFANDADE.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio González Nieto

A Coruña, a diecisiete de marzo de dos mil.
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. 144/97 interpuesto por I.N.S.S. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Santiago de Compostela.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña M.C.B.B. en reclamación de viudedad y orfandad siendo demandado Instituto Nacional de la Seguridad

Social en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 116/96 sentencia con fecha veintinueve de octubre de mil novecientos noventa y seis por el juzgado de referencia que estimó parcialmente la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “**PRIMERO.-** Que la actora, nacida el día cuatro de marzo de mil novecientos cincuenta y uno, solicitó, en fecha trece de noviembre de mil novecientos noventa y cinco, el reconocimiento y pago de la pensión de viudedad y la de orfandad de su hija M.R.B., nacida el catorce de septiembre de mil novecientos ochenta y uno, por el fallecimiento de su esposo don M. R.B., acaecido el día doce de agosto de mil novecientos noventa y cinco, con el que había contraído matrimonio en fecha cuatro de septiembre de mil novecientos setenta y seis.- **SEGUNDO.-** Que por resoluciones de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social de La Coruña, de fecha veintinueve de noviembre de mil novecientos noventa y cinco, se denegaron a la actora las prestaciones solicitadas por no acreditar el causante un período mínimo de cotización de quinientos días en los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante.- **TERCERO.-** Que el causante acredita cuatro mil seiscientos treinta y nueve días cotizados al Régimen General de la Seguridad Social, en los siguientes períodos: desde el treinta de julio de mil novecientos setenta y tres hasta el ocho de septiembre de mil novecientos setenta y tres, desde el veintinueve de agosto de mil novecientos setenta y tres hasta el veintitrés de octubre de mil novecientos setenta y tres, desde el veinte de noviembre de mil novecientos setenta y tres hasta el veintitrés de mayo de mil novecientos setenta y cuatro, desde el tres de junio de mil novecientos setenta y cuatro hasta el veintiocho de febrero de mil novecientos setenta y cinco, desde el tres de abril de mil novecientos setenta y cinco hasta el diez de mayo de mil novecientos setenta y cinco, desde el catorce de mayo de mil novecientos setenta y cinco hasta el once de agosto de mil novecientos setenta y cinco, desde el diecinueve de agosto de mil novecientos setenta y cinco hasta el seis de diciembre de mil novecientos setenta y cinco, desde el dieciséis de diciembre de mil novecientos setenta y cinco hasta el veintiséis de diciembre de mil novecientos setenta y cinco, desde el dieciséis de enero de mil novecientos setenta y seis hasta el doce de marzo de mil novecientos setenta y seis, desde el veintisiete de marzo de mil novecientos setenta y seis hasta el dos de abril de mil novecientos setenta y seis, desde el siete de abril de mil novecientos setenta y seis hasta el cinco de junio de mil novecientos setenta y seis, desde el veintinueve de julio de mil novecientos setenta y seis hasta el veintiséis de

agosto de mil novecientos setenta y seis, desde el veinticuatro de septiembre de mil novecientos setenta y seis hasta el ocho de enero de mil novecientos setenta y siete, desde el veintiuno de enero de mil novecientos setenta y siete hasta el seis de abril de mil novecientos setenta y siete, desde el veinticinco de abril de mil novecientos setenta y siete hasta el diecisiete de junio de mil novecientos setenta y siete, desde el seis de julio de mil novecientos setenta y siete hasta el seis de agosto de mil novecientos setenta y siete, desde el veintidós de agosto de mil novecientos setenta y siete hasta el dos de octubre de mil novecientos setenta y siete, desde el ocho de noviembre de mil novecientos setenta y siete hasta el cinco de diciembre de mil novecientos setenta y siete, desde el cuatro de enero de mil novecientos setenta y ocho hasta el once de julio de mil novecientos setenta y ocho, desde el veinte de julio de mil novecientos setenta y ocho hasta el diecinueve de octubre de mil novecientos setenta y ocho, desde el uno de noviembre de mil novecientos setenta y ocho hasta el trece de diciembre de mil novecientos setenta y ocho, desde el doce de enero de mil novecientos setenta y nueve hasta el tres de septiembre de mil novecientos setenta y nueve, desde el trece de septiembre de mil novecientos setenta y nueve hasta el treinta y uno de octubre de mil novecientos setenta y nueve, desde el nueve de noviembre de mil novecientos setenta y siete hasta el treinta y uno de octubre de mil novecientos ochenta, desde el veinte de octubre de mil novecientos ochenta hasta el cinco de julio de mil novecientos ochenta y uno, desde el nueve de julio de mil novecientos ochenta y uno hasta el cuatro de agosto de mil novecientos ochenta y uno, desde el diecinueve de agosto de mil novecientos ochenta y uno hasta el veinticuatro de mayo de mil novecientos ochenta y dos, desde el veintitrés de mayo de mil novecientos ochenta y dos hasta el veinticuatro de febrero de mil novecientos ochenta y tres, desde el siete de julio de mil novecientos ochenta y seis hasta el uno de agosto de mil novecientos ochenta y seis, desde el cinco de agosto de mil novecientos ochenta y seis hasta el veintiséis de septiembre de mil novecientos ochenta y seis, desde el cinco de noviembre de mil novecientos ochenta y seis hasta el dos de diciembre de mil novecientos ochenta y seis, desde el cinco de mayo de mil novecientos ochenta y siete hasta el treinta y uno de mayo de mil novecientos ochenta y siete, desde el veintinueve de julio de mil novecientos ochenta y siete hasta el veintiocho de agosto de mil novecientos ochenta y siete, desde el uno de octubre de mil novecientos ochenta y siete hasta el veinte de octubre de mil novecientos ochenta y siete

siete, desde el veintiocho de enero de mil novecientos ochenta y ocho hasta el diecinueve de marzo de mil novecientos ochenta y ocho, desde el veinte de marzo de mil novecientos ochenta y ocho hasta el veinticinco de marzo de mil novecientos ochenta y ocho, desde el veintiséis de abril de mil novecientos ochenta y ocho hasta el veintiséis de abril de mil novecientos ochenta y ocho, desde el tres de mayo de mil novecientos ochenta y ocho hasta el tres de mayo de mil novecientos ochenta y ocho, desde el siete de junio de mil novecientos ochenta y ocho hasta el veintisiete de junio de mil novecientos ochenta y ocho, desde el cuatro de julio de mil novecientos ochenta y ocho hasta el catorce de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho, desde el diez de enero de mil novecientos ochenta y nueve hasta el veintiuno de febrero de mil novecientos ochenta y nueve, desde el quince de marzo de mil novecientos ochenta y nueve hasta el diecinueve de marzo de mil novecientos ochenta y nueve, desde el treinta y uno de marzo de mil novecientos ochenta y nueve hasta el nueve de mayo de mil novecientos ochenta y nueve, desde el veintiuno de junio de mil novecientos ochenta y nueve hasta el veintidós de julio de mil novecientos ochenta y nueve, desde el veinticuatro de julio de mil novecientos ochenta y nueve hasta el dieciséis de agosto de mil novecientos ochenta y nueve, desde el catorce de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve hasta el seis de octubre de mil novecientos ochenta y nueve, desde el ocho de agosto de mil novecientos noventa hasta el ocho de agosto de mil novecientos noventa, desde el trece de agosto de mil novecientos noventa hasta el veinticinco de agosto de mil novecientos noventa, desde el veintiuno de septiembre de mil novecientos noventa hasta el tres de octubre de mil novecientos noventa, desde el veintidós de febrero de mil novecientos noventa y uno hasta el veinticuatro de febrero de mil novecientos noventa y uno, desde el tres de abril de mil novecientos noventa y dos hasta el tres de abril de mil novecientos noventa y dos, desde el trece de agosto de mil novecientos noventa y dos hasta el ocho de octubre de mil novecientos noventa y dos, desde el nueve de noviembre de mil novecientos noventa y dos hasta el trece de febrero de mil novecientos noventa y tres, desde el quince de julio de mil novecientos noventa y tres hasta el treinta de julio de mil novecientos noventa y tres, desde el dieciséis de agosto de mil novecientos noventa y tres hasta el diez de septiembre de mil novecientos noventa y tres, desde el siete de junio de mil novecientos noventa y cuatro hasta el ocho de junio de mil novecientos noventa y cuatro, desde el once de julio de mil novecientos noventa y cuatro hasta el veinticinco de agosto de mil novecientos noventa y cuatro, desde el diecisiete de noviembre de mil

novecientos noventa y cuatro hasta el veintitrés de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro, y mil ciento ochenta y seis días cotizados al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social, en el período comprendido entre el uno de abril de mil novecientos ochenta y cuatro y el treinta de junio de mil novecientos ochenta y siete; estuvo inscrito como demandante de empleo en la oficina de Vigo desde el cuatro de julio de mil novecientos ochenta y ocho hasta el veintitrés de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro, fecha en la que causó baja por no renovación y nuevamente inscrito como demandante de empleo desde el dieciocho de enero de mil novecientos noventa y cinco hasta el dieciocho de octubre de mil novecientos noventa y cinco, en que causó baja por falta de renovación.- CUARTO.- Que el causante era alcohólico crónico, habiendo estado sometido a tratamiento desde el treinta y uno de enero de mil novecientos ochenta y cinco hasta el seis de agosto de mil novecientos ochenta y cinco y desde el uno al treinta de abril de mil novecientos ochenta y seis, recomendándose en esta última fecha ingreso hospitalario por ser difícil el tratamiento ambulatorio, sin que el causante accediera al ingreso hospitalario, dictándose sentencia en fecha veintiuno de diciembre de mil novecientos ochenta y siete por el juzgado de primera instancia de esta ciudad por la que decretaba la separación de los cónyuges sobre la base de malos tratos derivados de la dependencia alcohólica del causante.- QUINTO.- Que la base reguladora del causante es de treinta y seis mil seiscientas cincuenta y ocho pesetas (36.658 pts).- SEXTO.- Que la actora formuló las preceptivas reclamaciones previas en fecha tres de enero de mil novecientos noventa y seis, siendo desestimadas por resoluciones de fecha veintiséis de enero de mil novecientos noventa y seis".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando parcialmente la demanda formulada por doña M.C.B.B., en su propio nombre y en el de su hija menor de edad doña M.R.B., contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, debo de declarar y declaro el derecho de la actora y su hija a percibir las correspondientes pensiones de viudedad y orfandad, condenando a la entidad demandada a estar y pasar por esta declaración y a abonarles las correspondientes prestaciones, en cuantía del 45% y el 20%, respectivamente, de una base reguladora mensual de treinta y seis mil seiscientas cincuenta y ocho (36.658 pts), con las revalorizaciones, mejoras y complementos hasta el mínimo que legalmente procedan, y con efectos desde el día trece de agosto de mil novecientos noventa y cinco, y desestimando la demanda formulada, en cuanto a la diferencia base

reguladora reclamada, debía de absolver y absolvía a la entidad demandada del citado pedimento”.

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

ÚNICO.- Frente a la sentencia de instancia, que estimando parcialmente la demanda, declaró el derecho de la actora y su hija a percibir las correspondientes pensiones de viudedad y orfandad, condenando a la entidad gestora demandada a abonarle las prestaciones en cuantía del 45% y el 20%, respectivamente, de una base reguladora mensual de 36.658 pts. con la regularizaciones, mejoras y complementos hasta el mínimo que legalmente procedan, y con efectos desde el día 13 de agosto de 1995; desestimando la demanda en cuanto a la diferente base reguladora reclamada, absolviendo a la entidad gestora demandada de la citada pretensión; se interpone por el Instituto Nacional de la Seguridad Social recurso de suplicación, y sin cuestionar los hechos declarados probados, denuncia en un único motivo -sobre examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida- infracción por interpretación errónea del art. 172 en relación con el art. 124 de la L.G.S.S.; alegando fundamentalmente que no era aplicable la doctrina espiritualista y flexible que se tuvo en cuenta por el magistrado de instancia, por estimar que el causante se desvinculó voluntariamente del mercado laboral, en numerosas ocasiones y no estaba acreditada ni la evolución ni la intensidad de sus dolencias que le aquejaron hasta su fallecimiento en 1995, sin que quepa considerarlo como impedido para el acceso a la respectiva oficina pública como demandante de empleo, hasta el punto de justificar la interpretación flexible de la exigencia del período de carencia. Censura jurídica que no puede merecer favorable acogida, pues, si bien y de conformidad con los arts. que se dicen infringidos, para causar derecho a las prestaciones por muerte y supervivencia, las personas generadoras de las mismas deberán estar en alta o en situación asimilada a la de alta, o ser inválidos provisionales o perceptores de invalidez permanente y jubilación, en su modalidad contributiva, así como reunir el período de cotización exigido legal y reglamentariamente, esto es un mínimo de 500 días dentro de los 5 años anteriores al fallecimiento; (hecho causante), siendo jurisprudencia reiterada del T.S. sentencia, entre otras, de 12 de julio 88, así como doctrina de suplicación, (sentencias entre otras de esta sala, de 19 de febrero y 4 de diciembre 91 y de 5 de marzo 92), si bien el art. 94.1 -hoy 124- de la

LGSS viene exigiendo para percibir prestaciones por muerte y supervivencia la condición de hallarse en alta en la seguridad social o en situación asimilada al alta al sobrevenir dicha contingencia, la jurisprudencia, viene interpretando con carácter humanitario tal extremo señalando al efecto “que dicho requisito no debe ser exigido con rigor formalista sino atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto y si el trabajador ha estado afiliado y en alta con regularidad durante el tiempo de trabajo activo, no puede negársele la condición de mutualista aun cuando se halle de baja al solicitar la prestación”; “la flexibilización del requisito aludido sólo opera cuando existe una dilatada vida laboral y concurren unas circunstancias especiales que explican la falta de alta (S. esta Sala 5 marzo 92)”; a la vista de los hechos que se declaran probados, estando acreditado, que el causante aparte de una dilatada vida laboral en que permaneció afiliado a la seguridad social, acreditando cotizaciones en el Régimen General de 4.639 días desde el 30 de julio de 1973 hasta el 23 de diciembre de 1994 y en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos 1.186 días en el período comprendido entre el 1 de abril de 1984 y el 30 de junio de 1987, ha estado inscrito como demandante de empleo en la oficina de Vigo desde el 4 de julio de 1988 hasta el 23 de noviembre de 1994, fecha en la que causó baja por no renovación y nuevamente inscrito como demandante de empleo desde el 18 de enero de 1995 hasta el 18 de octubre de ese año, en que causó nuevamente baja por falta de renovación, así como que era alcohólico crónico desde al menos el año 1985 habiendo estado sometido a tratamiento que abandonó, con una conducta agresiva hacia su esposa, que motivó que la misma presentara demanda de separación, que fue decretada por sentencia del Juzgado de 1^a Instancia de la ciudad de Santiago de fecha 21 de diciembre del 87, y que los paréntesis en que no estuvo inscrito como demandante de empleo, fueron muy breves; esta sala entiende que el caso contemplado en autos encaja en el marco de esa doctrina excepcional y humanitaria, pues las incidencias que se producen en la última fase de su vida laboral, con grave disminución de sus facultades volativas e intelectuales y generadoras de una situación fáctica de incapacidad fueron determinantes de su no renovación de su situación de desempleo, por lo que de conformidad con reiterada doctrina de esta sala, estos paréntesis no pueden ser tomados en consideración como roturas de la situación asimilada a la de alta y deben considerarse como paréntesis no computables a efectos del período de carencia; por lo que sumando a los 311 días cotizados en los 5 años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante (fallecimiento del esposo de 12 de agosto de 1995) los períodos

cotizados con anterioridad, desde la fecha de inscripción como demandante de empleo (4 de junio de 1988), el causante acredita con creces el período de 500 días cotizados exigido para lucrar las prestaciones por muerte y supervivencia. 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 Instituto Nacional de la Seguridad Social, contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Santiago de Compostela, de fecha veintinueve de octubre de mil novecientos noventa y seis, dictada en autos seguidos a instancia de doña M.C.B.B. contra Instituto Nacional de la Seguridad Social sobre viudedad y orfandad, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la resolución recurrida.

2908 RECURSO N° 581/2000

S. S.

TRANSGRESIÓN DA BOA FE
CONTRACTUAL CONSISTENTE EN
REALIZAR TRABALLOS INCOMPATIBLES
COA SITUACIÓN DE INCAPACIDADE
TEMPORAL.

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

A Coruña, a diecisiete de marzo de dos mil.

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. 581/2000 interpuesto por "M.G.A.T." 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 doña J.J.B.B. en reclamación de DESPIDO siendo demandado "M.G.A.T.", en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 815/99 sentencia con fecha catorce de diciembre 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.- Que la actora, doña J.J.B.B., presta servicios para la "M.G.A.T." desde el 22.09.97, con la categoría profesional de "Médico" y percibiendo un salario mensual de 488.696 pesetas con prorrato de pagas extraordinarias. SEGUNDO.- Que en fecha 9 de septiembre de 1999 la actora fue despedida de su puesto de trabajo en virtud de carta de despido en la que se alega como causa del mismo la realización de actividades profesionales incompatibles con la situación de baja laboral, que incardina su conducta dentro del art. 54(2) del Estatuto de los Trabajadores "transgresión de la buena fe contractual", (carta que fue recibida por la actora el 13.09.99, la cual obra unida a las actuaciones y cuyo contenido de da por reproducido). TERCERO.- Que la actora en fecha 11 de agosto de 1999 causó baja por Incapacidad Temporal derivada de enfermedad común con el diagnóstico de "Hernia Discal con esfuerzo", siendo dada de alta médica el 04.11.99. CUARTO.- Que en fecha 10 de septiembre de 1999 la actora recibió comunicación de la demandada por la que se procedía a suspender el pago de la prestación económica de Incapacidad Temporal alegando la realización de trabajos por cuenta propia. QUINTO.- Que en fecha 12.08.99 la actora atendió en su consulta privada sita en la C/... de esta ciudad a doña M.S., quien acudió a su consulta a fin de interesarse por una operación de cirugía plástica en los lóbulos auriculares, lo que se efectuó el 13.08.99 a las 17:30 horas acudiendo además a dicha consulta los días 23.08.99 y 26.08.99, a fin de extraer los puntos de sutura, anteriores y posteriores. SEXTO.- Que desde el 11.08.99 al 04.11.99 la actora prestó un total de dieciocho actos médicos de los cuales trece corresponden a consultas y cinco a intervenciones con beneficiarios de Adeslas, siendo dichas pacientes atendidas por la Dra. V.B., según comunicó dicha Doctora al Igualatorio (IMEDIC) en fecha 15.11.99. SÉPTIMO.- Que el estado patológico de la actora según la RMN efectuada por los servicios médicos de la Seguridad Social con fecha 11.08.99 consiste en: Protusión global del Disco L4-L5 con impronta sobre saco dural y también un quiste de Tarlov en primera raíz sacra. Tales dolencias se intensifican al estar sentada o de pie parada, tolerando caminar cierto tiempo. OCTAVO.- Que se ha celebrado "sin avención" acto de conciliación ante el SMAC. NOVENO.- Que la actora no ha ostentado durante el último año la cualidad de representante legal de los trabajadores".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por doña J.J.B.B., con la “M.G.A.T.”, debo declarar y declaro la “improcedencia” del despido, condenando a dicha demandada a que, en el plazo de cinco días, opte por la readmisión de la actora en su puesto de trabajo o le abone la suma de 1.417.230 pesetas, más los salarios de tramitación dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de la presente resolución”.

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 “M.G.A.T.” en solicitud de que con revocación de la Sentencia de Instancia, se desestime la demanda “declarando procedente el despido de la actora2, a cuyo efecto y al amparo del art. 191.b) y c) LPL interesa la revisión de los H.P. (motivos 1º a 5º) y denuncia (motivo 6º) que se ha infringido el art. 54.2.d) en relación con el art. 55.4, ambos del E.T., y con las Sentencias del T.S.J. de Galicia de 11.02.99, 20.09.93 y 27.01.93, del T.S.J. de Cataluña de 07.11.98, 09.07.98 y 13.01.95, y del T.S.J. de Gran Canaria de 21.07.98.

SEGUNDO.- No puede admitirse la alteración del orden de los H.D.P. de la Sentencia dictada en la Instancia que pretende la recurrente “con carácter previo al desarrollo de los motivos de recurso...”, dado que ello no constituye un motivo de recurso amparado por el art. 191 LPL y sí desconoce las facultades del Juzgador de Instancia al efecto.

TERCERO.- Se interesa (motivo 1º del recurso) la adición al H.P. 7º de lo siguiente: “Que el estado patológico de la actora según la RMN efectuada por los servicios médicos de la Seguridad Social con fecha 11.08.99 consistente en: Protusión global del Disco L4-L5 con impronta sobre saco dural y también un quiste de Tarlov en primera raíz sacra. Tales dolencias se intensifican al estar sentada o de pie parada, tolerando caminar cierto tiempo.

El día 10 de agosto la actora presentaba un cuadro de lumbociatalgia bilateral intensa y continua que no remitía al tratamiento conservador y se le asociaban parestesias. Se detectó una contractura muscular paravertebral dorsolumbar, que limitaba los movimientos del tronco y hace dolorosos los mismos.

La prescripción médica fue que la paciente guardara reposo aproximado de un mes, ya que con el reposo en cama remiten gran parte de las molestias”.

Al efecto invoca la parte la documental obrante a los folios 33, 99 y 106. Y a la vista de dicha prueba, la revisión procede en la forma y por las consideraciones siguientes:

A) El párrafo inicial de la revisión que se propone coincide con el contenido del H.D.P. 7º, por lo que éste se mantiene en sus propios términos.

B) El párrafo segundo del indicado texto, relativo al cuadro que presentaba la actora a 10 de agosto, lo refleja el informe de alta del Servicio de Neurología del “J.C.” obrante al folio 33 (o 99, pues son el mismo informe). Y en él se recoge el cuadro propuesto, que como tal procede incorporar al H.P. 7º.

C) Respecto del último párrafo de la revisión pretendida, como tal no cabe declararlo probado sino que ha de estarse a la prescripción médica que aparece en el informe de alta antedicho, que desplaza en su aptitud y fiabilidad probatoria al también invocado informe del folio 106 (no oficial y sin la fiabilidad precisa en las formas de su emisión). Y lo que al efecto se contiene en el dicho informe es que “con el reposo en cama remiten gran parte de las molestias que solamente se presentan al hacer giros o movimientos en la misma” y que “viene siguiendo tratamiento conservador con medicación y ortesis lumbosacra para inmovilización y descarga”. Por tanto, esto es lo que procede incorporar al contenido del H.P. 7º; por ser lo que resulta de la prueba que, dentro de la invocada, permite legalmente su revisión.

CUARTO.- En su motivo 2º, el recurso interesa se adiciones como nuevo H.P. lo siguiente: “Según se recoge en el libro de citas de pacientes de la consulta particular aportadas por la actora a los autos el día 23 de noviembre de 1999, en el período comprendido entre el 11 de agosto y el 9 de septiembre, se recibió en su consulta a un total de 31 pacientes.

En el período comprendido entre el 11 de agosto de 1999 y el 5 de noviembre de 1999 la Sra. B. prestó para IMEDIC 18 actos médicos, trece de los cuales correspondieron a consultas y 5 a intervenciones. Conforme recoge el libro de citas de pacientes de la consulta particular de la Sra. B., desde el 11 de agosto hasta el 5 de noviembre de 1999 recibió al menos a 59 pacientes”.

La prueba que se invoca para tal revisión es la documental obrante a los folios 31 y 34 a 57. A la vista de ella y por las siguientes consideraciones,

procede la admisión parcial de la revisión propuesta:

A) El contenido del párrafo 1º del texto revisor no puede declararse probado en los términos que se piden, puesto que su fundamento probatorio está constituido por el “libro de citas de pacientes” aportado a los autos por la propia actora a solicitud de la contraparte (folio 35); y lo que justifica fehacientemente esta documental es que en el período comprendido entre el 11/8 y el 09.09.99 estaban citados en la consulta particular de la actora un total de 31 pacientes, cuya consulta no aparece cancelada; cosa distinta de que la actora los atendiese personal y efectivamente, máxime cuando consta declarado probado (H.P. 6º) que los pacientes de Adeslas-IMEDIC fueron atendidos por la Dra. V.B.

B) De lo contenido en el párrafo 2º de la revisión propuesta no cabe declarar lo relativo a los pacientes de IMEDIC entre el 11/8 y el 05.11.99, pues al respecto ya declara lo oportuno la Sentencia de Instancia en el H.P. 6º, extrayendo la Juzgadora de Instancia el hecho de que los pacientes los atendió la Dra. V.B. de prueba cierta (folio 117 en especial). En lo relativo, por último, a que conforme al “libro de citas de pacientes de la consulta...”, cabe declarar probada la citación a consulta de tales pacientes, que en aquel constan, en el indicado período en los mismos términos que anteriormente se dijeron, puntuizando que en ellos se incluyen los 18 pacientes de IMEDIC (como se reconoce en el motivo).

Así pues, con el contenido dicho se adiciona a los de la Sentencia de Instancia un nuevo H.P., que se identificará como H.P. 8º, posponiendo el número del 8º y 9º que figuran en aquélla.

QUINTO.- Invocando la documental obrante a los folios 46, 52, 160 a 166, 231 y 232, pide la parte (motivo de recurso 3º) se adicionen como nuevo H.P. lo siguiente: “III. En el libro de citas obrante en los autos no se recoge la consulta de doña M.S. del día 12 de agosto de 1999 ni la del 23 de septiembre. Todos los días que acudió a consulta la Sra. S. se encontraba pasando la misma exclusivamente la Dra. B. La Sra. S. coincidió en la Sala de espera los días 23 y 26 de agosto con otra paciente, entrando a consulta el día 26 con mas de una hora de retraso”. Procede declarar como probado, incorporándolo al contenido del nuevo H.P. introducido a través del motivo de recurso 2º, que efectivamente en el libro aportado al proceso por la actora como “libro de citas de pacientes” (F. 35. y S.S.) no aparece la indicada consulta de la Sra. S. en agosto y septiembre, pues así se constata de esta documental, siendo tal consignación precisa al no concluirse así caso de no hacerse la indicación

expresa que se interesa. El resto del contenido del nuevo H.P. que se propone no se admite: A) El párrafo 2º del texto revisor (todos los días de consulta de la Sra. S. pasó la misma la Sra. B.), pues en el H.P. 5º se declara que la actora atendió en su consulta a M.S. en concretos días de agosto; asimismo, el fundamento probatorio invocado al efecto, como ahora se dirá, no es oportuno en términos del art. 191.b) LPL y B) El párrafo 3º de la revisión tampoco puede declararse probado desde el momento en que tiene apoyo en el informe de detectives de los folios 160 a 166 y 232. Mencionada prueba no constituye (S.T.S. de 06.11.90) “modalidad fedataria alguna susceptible de conformar una prueba documental con garantía pública”, subyaciendo en ella una testifical, de tal manera que su informe (S.T.S. de 24.02.92) carece de eficacia revisoria como documento. En definitiva, el “informe de observaciones” alegado en el motivo no autoriza la revisión de los H.P. vía art. 191.b) LPL.

SEXTO.- Con invocación de la documental de los folios 67, 69, 218, 219 y 223 solicita la recurrente (motivo de recurso 4º) se adicionen el siguiente nuevo H.P.: “Con fecha 2 de septiembre la empresa, de conformidad con lo establecido en el convenio colectivo de aplicación, se dio traslado a la Sra. B. de los hechos que se le imputaban, para que en el plazo de cuatro días realizará las manifestaciones que tuviera por oportunas.

El 6 de septiembre la actora remitió a la empresa escrito en el cual manifestaba que su consulta privada era atendida mayoritariamente por su ayudante quirúrgico, médico especialista en cirugía plástica, excepto algún caso puntual, cuya leve patología no requirió más de 20 minutos de su atención y que había sido citado previamente como urgente según el paciente”.

La adición procede en los términos pedidos, puesto que la documental invocada, oportuna para revisar acreditando la omisión en que ha incurrido el Juzgador de Instancia al valorar la prueba practicada, justifica plenamente el contenido de la misma. Y es que a los folios invocados obran el escrito de cargos y la contestación que al mismo dio la actora, ambos con las fechas y contenidos que se indican en la revisión propuesta. Por tanto, lo que se justifica documentalmente, y lo que así se declara probado, es que la Mutua dio traslado a la actora de los hechos que le imputaba y la contestación que ésta dio al respecto. Esto pasa a constituir nuevo H.P. 9º, con relegación en número de los que aparecen como 9º y 10º (que se corresponden con el 8º y 9º de la sentencia recurrida).

SÉPTIMO.- Interesa por último el recurso (motivo 5º) que también como nuevo H.P. se

declare lo siguiente: “La Sra. B. era responsable en la Mutua del control de la incapacidad temporal de los trabajadores, realizando su actividad profesional tanto en las oficinas de la Mutua como fuera de ella, practicando revisiones médicas a los pacientes y acudiendo a distintos hospitales y servicios médicos externos para comprobar e intervenir en pruebas médicas diagnósticas y de evolución que se hacían a los trabajadores, por lo que permanecía tanto sentada como de pie o caminando, en virtud del trabajo que desempeñara en cada momento”.

Se invoca al efecto la documental obrante a los folios 69 a 92, 240 a 295 y 320. A la vista de ello, procede como nuevo H.P., identificado como 10º y con relegación en nº del 9º y 10º preexistentes, declarar lo siguiente: A) Por un lado, que la actora estaba encargada, como médico, del control de la I.T. de los trabajadores; lo cual no sólo surge de la documental que se invoca, sino que también se reconoce en la impugnación del recurso (“...el trabajo de la actora es eminentemente burocrático (control de la situación de I.T. de los trabajadores, y para tal labor...)”). B) Por otro, al margen de que no sirva para revisar la testifical que también se invoca (no siendo el acta de juicio que recoge la práctica de tal prueba documento potencialmente revisor, sino sólo medio de expresión de la dicha prueba), las órdenes de servicio y partes de trabajo aportados (folios 69 a 92 y 240 a 295) justifican que la actora recibía instrucciones para el reconocimiento médico de los trabajadores, practicando las revisiones oportunas y efectuando su labor tanto en las oficinas e instalaciones de la Mutua como acudiendo a diversos Hospitales y Servicios médicos.

En este sentido debe estimarse el motivo revisor examinado, no siendo procedente declarar en H.P. lo que resultan ser conclusiones o valoraciones al hilo del trabajo que se constata realizaba la demandante (“...por lo que permanecía...”), cuyo lugar no es precisamente el de los H.D.P.

OCTAVO.- La empresa sostiene en el único motivo de recurso que formula al amparo del art. 191.c) LPL que la conducta probada de la actora, “y aún de no admitirse las modificaciones y adiciones propuestas”, materializa causa justa de despido “por haber realizado actividades profesionales por cuenta propia y haber tenido ingresos económicos por las mismas a pesar de encontrarse en situación de I.T...”; asimismo, a lo largo del motivo la recurrente pone de relieve que la actividad que realizó la actora “podía perjudicar su recuperación y que precisaba al igual que en la Mutua...”, que “por mucho que pueda predicarse que la intensidad del trabajo es inferior, ello no desvirtúa su gravedad ya que lo

realmente grave es por un lado estar supuestamente impedido para el trabajo de médico y percibiendo prestaciones de I.T. mientras se continúa haciendo de trabajo de médico y obteniendo unos emolumentos...”.

En este contexto, lo que procede es valorar dentro de la imputación de la carta de despido y en términos del art. 54.2.d) E.T. la conducta de la actora acreditada, sin que en ningún caso constituya obstáculo al efecto y a la pretensión del recurso la invocación que se hace en la impugnación al mismo de que se ha incumplido el trámite previsto en el art. 67.1.4 del Convenio colectivo aplicable (la indicación que también se hace acerca de la incomparecencia del representante de la demandada a rendir confesión carece de la relevancia que la parte parece pretender, máxime cuando en el acta de juicio se lee lo siguiente: “Por la parte actora, al no comparecer el representante legal... renuncia a practicar la prueba de confesión judicial en la persona de la letrada compareciente”).

Si bien el precepto referido del Convenio dispone que la imposición de sanciones por faltas graves y muy graves sea notificada a la representación legal de los trabajadores en la empresa, la omisión de tal trámite en absoluto resulta jurídicamente apta para provocar por sí misma y en todo caso la improcedencia del despido de la actora, pues aunque subyazca en ello una concreta infracción del Convenio, se trata de una mera “notificación” de la imposición de la sanción de despido, de tal manera que constituye un trámite meramente formal ex post sanción impuesta sin incidencia real en los derechos esenciales que han de respetarse en la adopción de la decisión de despedir y carente, también, de trascendencia jurídica valorable respecto a la validez de la misma; máxime cuando la actora no es cargo sindical, ni consta afiliada a Sindicato alguno (en este caso, el Convenio prevé algo más que la mera notificación de la imposición de la sanción al representante: una audiencia previa al delegado sindical en la empresa); y cuando la empresa demandada participó a la actora la imputación antes de adoptar la decisión sancionadora, dándole la audiencia que prevé el Convenio y posibilitando con ello la debida defensión del trabajador en todo momento y en los términos de aquel Convenio.

NOVENO.- A partir de la imputación contenida en la carta de despido y de la conducta de la actora acreditada en relación con la misma, procede tomar en consideración que la incapacidad laboral de los trabajadores si bien es causa de suspensión del contrato de trabajo (art. 45 E.T.), no justifica en absoluto que se conculque la obligación de buena fe exigible al

trabajador, ya que la suspensión dicha exonera de prestar servicios, pero no de las demás obligaciones del contrato de trabajo. Por ello, la realización de actividades incompatibles con la situación de I.T. constituye expresión de deslealtad y una violación grave del deber de buena fe, dado que impide o dificulta el restablecimiento del trabajador y provoca un perjuicio a la empresa y a la S.S. En este sentido, la S. del T.S. de 18.12.90 (Ar. 9.805) dejó establecido lo literal siguiente: "Y una reiterada doctrina de esta Sala, de la que se cita como ejemplo la sentencia de 28 de mayo de 1985 (R. 2.775), que a su vez cita otra de 10 de mayo de 1983 (R. 2.365), declara que si el trabajador está impedido para consumar la prestación laboral a que contractualmente viene obligado, tiene vedado cualquier tipo de quehacer, sea de interés ajeno o propio, máxime cuando su forzosa inactividad le es compensada económicamente por la empresa y por la Seguridad Social a las que perjudica, incurriendo así en la causa de transgresión de la buena fe en el desarrollo del contrato, constitutiva del incumplimiento contractual grave y culpable del trabajador, que justifica su extinción por decisión del empresario mediante despido".

Así pues, la realización de actividades –por cuenta propia o ajena, con o sin afán de lucro– en situación de I. Temporal que resulten incompatibles con la misma suponen una transgresión de la buena fe contractual merecedora de la sanción de despido. Y esto puede y debe ser así considerado y calificado no sólo por la incidencia que las dichas actividades puedan suponer en orden a retrasar objetivamente la curación o recuperación del trabajador, sino también porque las mismas evidencien la posibilidad real de desempeñar el trabajo en la empresa. O como dice la sentencia del T.S.J. de Asturias de fecha 08.11.96 (As. 4.349), la apreciación de la compatibilidad o incompatibilidad de los trabajos o actividades que realice el trabajador en situación de baja, a efectos del despido acordado por la empresa no se circumscribe a la valoración médica de la incidencia de aquellas actividades sobre el proceso de curación de la dolencia diagnosticada, sino que constituye una cuestión jurídica cuyo ámbito es el de la transgresión de la buena fe contractual en la que se incurre cuando sea cual fuese la patología que originó la Incapacidad Temporal, la propia conducta del trabajador muestra su aptitud laboral de hecho, es decir, que la realización del quehacer del trabajador fuera de la empresa indica por sí misma que los padecimientos que sufre le permiten actuar de forma tal que podría desempeñar su tarea laboral ordinaria.

También este Tribunal se ha pronunciado al respecto, dejando puntualizado en sentencias como las de 23.03.95 o 12.12.96 y entre otras cosas que "la doctrina es coincidente en el sentido de que cuando el trabajador a través de los actos que realiza evidencia que se encuentra en una situación de normalidad, revelada precisamente por su conducta extralaboral, lo obligado es que pida su alta y se reincorpore al trabajo, y de no hacerlo así está incurriendo en la causa de despido...". Y la sentencia de este T.S.J. de 21.02.00 (Rec. 5.507/99) también hace las consideraciones siguientes: "...el recurso no puede prosperar, y ello a pesar de ser cierto lo que en el mismo se afirma de que se ha ido imponiendo un criterio menos rígido, según el cual no toda actividad desarrollada durante la situación de incapacidad temporal es sancionable con el despido, sino aquélla que a la vista de las circunstancias concurrentes es susceptible de perturbar la curación del trabajador (sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 1990, Ar. 6.645); este criterio se contrapone a la doctrina más restrictiva que entendía que toda actuación laboral en situación de baja era merecedora de despido por transgredir la buena fe contractual y por romper el deber de lealtad del trabajador para con la empresa. Ahora bien, en el presente caso, aún sin desconocer esa doctrina menos rigorista, el recurso no puede acogerse, porque el actor ... y resulta claro e indiscutible que su estado de salud evidenciaba una evidente aptitud laboral para el desempeño de los cometidos propios de su profesión...".

DÉCIMO.- Valorando en el contexto legal y jurisprudencial contenido en el fundamento precedente la conducta probada de la actora, el Tribunal considera la existencia de la causa de despido prevista en el art. 54.2.d) del E.T. y art. 65.3.A del Convenio Colectivo de aplicación. Como se explicitaba en la carta de despido de fecha 09.09.99, en la cual (folio 227 y 228 y H.P. 2º) se imputaba a la demandante la realización de actividades profesionales incompatibles con la situación de baja laboral en la que se encontraba desde el 11.08.99; en concreto que en las tardes de los días 12, 13, 23 y 26.08.99 atendió pacientes en su consulta privada de cirugía plástica, cobrando sus servicios profesionales y dando citas para días sucesivos; concluyendo la carta con la afirmación de que tales hechos suponían un fraude, deslealtad... para con la empresa, requiriendo los trabajos realizados "un esfuerzo similar e incluso superior al que habitualmente ha de desarrollar en la empresa, cobrando en este supuesto, especial gravedad dado que Vd. es la responsable en la Mutua de controlar los procesos de I.T. de los mutualistas...".

Efectivamente, la actora, que ha venido prestando servicios para “M.G.A.T” desde 1997 con la categoría profesional de médico (H.P.1º) y realizando las funciones que se dejaron puntualizadas en el fundamento jurídico 7º precedente al hilo de resolver la revisión de los H.D.P., causó baja por I.T. el día 11.08.99 con el diagnóstico de “hernia discal con esfuerzo”, presentando el estado que se dice en el H.P.7º, según se dejó definitivamente conformado vía revisión al amparo del art. 191.b) LPL; a pesar de ello, consta que la actora realizó en su consulta privada la actividad médica que se declara en el H.P.5º, así como que la dicha consulta mantuvo el flujo de pacientes y actividad que indica el H.P.6º y el adicionado vía revisión, y que se refleja en el “libro de citas de pacientes” aportado a los autos; actividad que también vino a explicitar la actora en su contestación a la Mutua de 05.09.99 (en que aducía que su consulta privada era atendida “en su mayoría por mi ayudante quirúrgica, médico especialista en cirugía plástica, excepto algún caso puntual...”).

Consecuentemente, el Tribunal concluye que la actividad que consta llevó a cabo la actora resulta frontalmente incompatible con la situación de I.T. en que se encontraba desde el 11.08.99 (habiendo sido dada de alta médica el 04.11.99). Se trató de auténtica actividad médica remunerada que la actora llevó a cabo en diferentes días en su consulta privada; en particular -H.P.5º- está constatado que en 12.08.99 la actora atendió en su consulta privada a doña M.S. “quién acudió a su consulta a fin de interesarse por una operación de cirugía plástica en los lóbulos auriculares, lo que se efectuó el 13.08.99 a las 17,30 horas, acudiendo además a dicha consulta los días 23.08.99 y 26.08.99...”; y que además aparece efectuada en el contexto de una actividad normal de atención de pacientes en la clínica, si bien con intervención asimismo de otros facultativos (la Dra. V.B. respecto de los pacientes de “A.”...). De esta manera, si la demandante, sin perjuicio y a pesar de la hernia discal diagnosticada y de su sintomatología, tenía tal actitud laboral y mantenía capacidad real al efecto, podía y debía llevar a cabo su actividad profesional también en la Mutua demandada, donde asimismo tenía encomendada labor profesional como médico; la que, además, llevaba a cabo no meramente “sentada”, sino haciendo en todo caso lo propio de un médico y con pacientes a examinar en la propia Mutua y en centros sanitarios y hospitalarios diversos. En definitiva, no obsta a la censura de la conducta de la actora para con la empresa demandada el tipo de dolencia diagnosticada y los síntomas que le ocasionaba según lo que se declara en el H.P. 7º: la opción voluntariamente asumida de trabajar en su consulta privada como consta que lo hizo,

explicitada una intención laboral inequívoca y la persistencia de una oportuna capacidad al efecto, obligando consecuentemente a hacerlo también en la empresa. Y es que en ningún caso la demandante estaba legitimada para realizar actividad médica por cuenta y beneficio propio como la que hizo (incluso a riesgo de incidir en la buena evolución del proceso patológico) y sin embargo, no llevarla a cabo por cuenta ajena, cuando de hecho y en forma suficiente podía desarrollarla según lo que la hacía especialmente conocedora de sus deberes en I.T. y la obligaba en mayor medida si cabe a observar un comportamiento absolutamente transparente y adecuado al respecto.

Por tanto, en el presente supuesto, los trabajos realizados durante la situación de baja laboral por enfermedad común son constitutivos de la infracción contractual tipificada en el art. 54.2.d) del E.T., no dándose una desproporción entre el incumplimiento imputado al trabajador y la decisión de despido adoptada por la empresa, sino que, acreditada la infracción laboral cometida por el trabajador, el Tribunal, ponderando tipo de prestación de servicios en la empresa, estado de la actora y actividad realizada y demás circunstancias de incidencia, entiende que se da una adecuación entre el incumplimiento laboral y la sanción de despido. En definitiva, se trata de una conducta constitutiva de transgresión de la buena fe contractual, grave y culpable, como establece el artículo 54.1 del Estatuto de los Trabajadores.

Procede, pues, la estimación del recurso y la revocación de la sentencia de Instancia que ha infringido los arts. 54.2.d) y 55.4 ET, desestimando la demanda con la declaración de procedencia del despido conforme dispone el art. 55.7 del E.T.

Fallamos

Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por la empresa “M.G.A.T.” contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de A Coruña el día 14.12.99 en autos tramitados bajo el nº 815/99, revocamos dicha sentencia; y en consecuencia, desestimando la demanda interpuesta por doña J.J.B.B. y declarando procedente el despido de que fue objeto, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación, absolvemos a la demandada “M.G.A.T.” de las pretensiones contra ella formuladas.

2909 RECURSO Nº 0410/00

S. S.

CONTRATO ADMINISTRATIVO CON ADMINISTRACIÓN LOCAL PARA DESENVOLVER FUNCIONES DE CONFIANZA, QUE DETERMINA A INCOMPETENCIA DA XURISDICCIÓN LABORAL PARA COÑECER DA SÚA EXTINCIÓN.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Manuel Domínguez López
A Coruña, a veinte de marzo de dos mil.
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. 0410/00 interpuesto por don P.B.L. en nombre y representación de doña D.M.P., contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de los de Santiago de Compostela.

Antecedentes De Hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 606/99 se presentó demanda por doña D.M.P., sobre despido, frente al Concello de A Pobra do Caramiña. En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha des de noviembre de 1999 por el juzgado de referencia, que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “**PRIMERO.-** La demandante, mayor de edad, prestó sus servicios por cuenta del Concello de Pobra do Caramiñal (La Coruña) desde el 15 de julio de 1991 hasta el 3 de julio de 1999, con la categoría profesional de auxiliar administrativo, ocupando la plaza de secretaria particular de la alcaldía y percibiendo un salario bruto mensual en el año 1999 de 194.845'- pts. **SEGUNDO.-** Las partes suscribieron, en fecha 15 de julio de 1991, previa la selección de la actora, tras la pertinente oferta pública de empleo en la que participaron varios candidatos “contrato de trabajo eventual acogido a lo dispuesto en el art. 104 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local” en cuya virtud la contratada se comprometía a la realización, con la categoría profesional de auxiliar administrativa,

de los trabajos y obligaciones correspondientes a la plaza de secretaria particular de la alcaldía, debiendo ser el horario de trabajo el mismo que el del resto de funcionarios de la corporación, fijándose la percepción de un salario mensual bruto (en aquel entonces, 85.000'- pts.) y pactándose que la duración del contrato sería fijada por la Alcaldía de conformidad con lo establecido en dicho precepto legal. **TERCERO.-** La demandante, que fue dada de alta en el Régimen General de la Seguridad Social, realizaba un horario de 9:00 a 15:00 horas más una hora por las tardes y, de acuerdo con la dotación presupuestaria para el ejercicio de 1999, debería percibir este año la suma de 2.338.140.- pts. **CUARTO.-** La actora, desarrollando las funciones de secretaria particular de la alcaldía, atendía las visitas que iba a recibir el Sr. Alcalde antes de que éste las despachara y recogía llamadas telefónicas de ciudadanos que querían hablar con el mismo; otros funcionarios, dado el caso, también atendían dichas visitas o recogían las llamadas. Además, desde el inicio de la relación contractual, la demandante corregía los textos que se traducían al gallego y gestionaba y tramitaba –al menos en el comienzo del expediente administrativo- todas las subvenciones municipales (si bien a partir del año 1993 se desocupó de las de deportes, desde el año 1994 de las de cultura y desde el año 1997 de las de juventud) continuando últimamente con las restantes, que comprendían las referentes a incendios, bandera azul, consumo, obras e infraestructuras, etc.; por otra parte, la contratada atendía personalmente el Servicio de Ventanilla Única puesto en funcionamiento en el año 1998 (esencialmente, método de enlace con la administración autonómica de los ciudadanos del municipio) y la oficina municipal de información al consumidor (O.M.I.C.). **QUINTO.-** El día 4 de agosto de 1999 la actora fue notificada de que se había producido su cese con efectos desde el 3 de julio de 1999 (fecha de efectos, igualmente, de la baja ante la T.G.S.S.), siendo su causa la expiración del mandato del Alcalde que la designó sin la confirmación posterior del alcalde elegido en la sesión constitutiva de 3 de julio de 1999. **SEXTO.-** Que la demandante ha ostentado en el año anterior la cualidad de representante legal de los trabajadores en cuanto perteneciente al comité de empresa. **SÉPTIMO.-** Que en fecha 17 de agosto de 1999 se presentó la preceptiva reclamación previa, que no consta que haya sido contestada”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “**FALLO.** Que estimando, como estimo, la excepción de incompetencia de jurisdicción por razón de la materia planteada por el *CONCELLO DE POBRA DO CARAMIÑAL* frente a la demanda que, en su contra, interpuso doña

D.M.P., debo declarar y declaro la incompetencia del orden jurisdiccional social para el conocimiento de este asunto, absolviendo a dicho Concello en esta instancia, sin entrar a conocer del fondo del asunto. Notifíquese... etc.”.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, que fue 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 la sentencia de instancia que, sin entrar en el fondo de la cuestión debatida, apreciando la excepción de incompetencia de jurisdicción desestimó su demanda de despido, solicitando la nulidad de la misma para lo cual, en sede jurídica, con amparo procesal en el art. 191.a) LPL se denuncia infracción del art. 1. 2.a) LPL en relación con el art. 1.3.a) LET, consistiendo la denuncia en afirmar la existencia de relación laboral entre actor y demandada y consecuentemente se afirma la competencia del orden social para conocer del litigio postulándose la declaración de competencia por esta sala y la devolución de los autos al juzgado de instancia para resolver el fondo del litigio. La invocación de la excepción de incompetencia de jurisdicción - estimada en la instancia - obliga a la sala a conocer de la misma sin someterse a los estrictos límites formales del recurso de suplicación no quedando vinculada a las alegaciones de las partes, sino que permite el análisis del total material probatorio existente en autos, tal como tiene sentado de forma reiterada la doctrina de nuestro mas Alto Tribunal, (SSTS 23.01.90 y 01.03.90 entre otras), en consecuencia entrando en el análisis de los elementos probatorios obrantes en el pleito se observa la concurrencia de los siguientes datos fácticos, en esencia: a) que la actora fue contratada al amparo del art. 104 de la LBRL 7/85 de 2 de abril, como secretaria particular del Alcalde con categoría de Auxiliar Advo., contratación efectuada tras la correspondiente OPE en la que se hizo constar el tipo de contrato que se ofertaba; b) que la actora realizaba la misma jornada que el resto de funcionarios de la corporación; c) que las funciones que realizaba la actora consistían en atender las visitas que iba a recibir el Sr. alcalde, recogía llamadas telefónicas de quienes querían hablar con aquel, corregía textos que se traducían al gallego, gestionaba y tramitaba todas las subvenciones municipales actividad que la que fue abandonando diversas parcelas y últimamente atendía al servicio de ventanilla única y a la OMIC; d) la actora fue cesada tras la elección de nuevo alcalde el 03.06.99; e) que la actora ostenta la condición de representante legal de los trabajadores; f) que en el ayuntamiento

demandado, existe y se halla presupuestada la plaza de secretaria del alcalde como personal eventual.

SEGUNDO.- Establecido lo anterior, la cuestión litigiosa se centra en determinar si la relación que vinculaba a la actora con el demandado Concello de A Pobra do Caramiñal era de índole laboral (art.1.1 LET) o por el contrario se trata de una relación excluida por el art. 1.3.a) LET al haberse vinculado las partes a través de un contrato con amparo en la LBRL 7/85 de 2 de abril, sosteniendo la recurrente que se trata de relación laboral, y por ende competencia de la jurisdicción social el conocimiento del litigio, y citando en su apoyo la jurisprudencia contenida en STS de 18.02.99 y 21.01.99. De conformidad con el artículo 20.2 de la Ley 30/1984 de Reforma de la Función Pública, se autoriza al pleno de las corporaciones locales la contratación de personal eventual, limitado al ejercicio de funciones expresamente calificadas de confianza o asesoramiento especial y su nombramiento o cese serán libres y corresponden exclusivamente a los presidentes de aquellas corporaciones. A su vez, el art. 89 de la Ley 7/1985, de 2 abril, de Bases del Régimen Local, clasifica al personal al servicio de las entidades locales en funcionarios de carrera, contratados en régimen de derecho laboral y personal eventual, cuyo nombramiento o cese, según el artículo 104.2, corresponde al alcalde. La administración puede indistintamente escoger entre cualquiera de las formas de contratación señaladas, y para que pueda ser calificada como administrativa la relación de servicios, será preciso que se realice al amparo de una ley y se regule por normas administrativas o estatutarias ya que como sostiene el Tribunal Supremo “queda claro que es la ley la única fuente que justifica la ruptura de la presunción legal de existencia de un contrato de trabajo” (SSTS 16.02.84; 22.11.82 y 10.05.83) pues, lo que fundamentalmente determina la 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 que la autoriza y con sometimiento a la misma, (STS 17.03.89 y 28.02.85), normativa que en el presente supuesto se haya constituida por la LBRL. Sentado lo anterior, es correcta la calificación de la relación entre las partes efectuada por el juzgador de instancia, puesto que los servicios que la actora prestó para el ayuntamiento demandado han de entenderse amparados por los arts. 89 y 104 de la Ley de Bases del Régimen Local, de 02.04.85, como personal eventual que desempeña un puesto de confianza, correspondiendo su nombramiento al alcalde o presidente de la entidad local, en coherencia con tal calificación resulta la exclusión de dicha relación del art. 1.1 LET y su inclusión dentro del nº 3.a) de tal precepto, por lo

que se debe considerar que la jurisdicción competente para conocer de las vicisitudes de la relación existente entre las partes, no es la social sino el contencioso-administrativo, según se desprende del art. 9.4 de la LOPJ, por lo que se ha de confirmar la resolución recurrida desestimando el recurso planteado contra la misma. En similar sentido se ha pronunciado esta Sala en S. de 08.02.99 y STSJ de Andalucía (Málaga) de 22.04.97, STSJ de Extremadura de 31.07.96, no siendo de aplicación la doctrina invocada por el recurrente, por cuanto se refiere a supuestos regulados en el RD 1.465/1985 relativos a la contratación administrativa para la ejecución de trabajos “específicos, concretos y no habituales”, supuesto que no se da en el presente caso. Por todo lo expuesto,

Fallamos

Que desestimamos el recurso de suplicación formulado por D.M.P. contra la sentencia dictada el 02.11.99 por el Juzgado de lo Social nº 2 de Santiago de Compostela en autos nº 606-99 sobre despido, seguidos a su instancia contra el CONCELLO DE POBRA DO CARAMIÑAL, resolución que se mantiene en su integridad y por tanto se confirma la declaración de incompetencia de este orden jurisdiccional para conocer del fondo de la cuestión debatida remitiéndose a la parte actora a la jurisdicción contencioso administrativa, si le conviene, para la defensa de sus intereses.

2910 RECURSO Nº 0015/97

S. S.

RESCATE DE CAPITAL POR FALECIMENTO DE MUTUALISTA DA MUTUALIDADE DA PREVISIÓN.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Elías López Paz

A Coruña, a veintiuno de marzo de dos mil.
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. 0015/97 interpuesto por don R.H.M. en nombre y representación de don B.P.L., contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº cinco de los de Vigo.

Antecedentes De Hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 642/96 se presentó demanda por don B.P.L., sobre rescate del cien por cien del valor actual del capital por fallecimiento, frente al INSS y a la Tesorería General de la Seguridad Social. En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 18 de noviembre por el juzgado de referencia, que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1º.- Don B.P.L., mayor de edad, con D.N.I. número..., vino prestando servicios hasta el 01.11.78 para el Servicio de Reaseguros de Accidente de Trabajo como Oficial Administrativo de 1ª, manteniéndose afiliado a la Mutualidad de Previsión desde el 01.02.62. 2º.- El actor estuvo de alta en referida mutualidad durante 16 años y 9 meses. El I.N.P. en resolución de 14.12.78 le reconoce invalidez permanente absoluta. 3º.- El actor, nacido el 21.03.29, solicitó del Instituto Nacional de la Seguridad Social el rescate del 100% del capital por fallecimiento, como prestación complementaria, que le fue denegada. Interpuso reclamación previa que le fue asimismo desestimada. 4º.- El demandante no tiene ascendientes ni descendientes, estando su esposa conforme con el rescate del capital. 5º.- El actor con fecha 9 de diciembre de 1971 optó por el artículo 62 del reglamento de 1971”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “**FALLO:** Que desestimando la demanda formulada por don B.P.L. contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debo absolver y absuelvo a dicho demandado de las pretensiones de la demanda. Notifíquese... etc.”.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, que no fue 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 en la que el actor postulaba el derecho al rescate del 100% del capital por fallecimiento y absuelve al Instituto Nacional de la Seguridad Social y a la Tesorería General de la Seguridad Social. Y frente a este pronunciamiento se interpone recurso por la representación letrada del actor, articulando un solo motivo de suplicación en el que, con adecuado amparo procesal en el artículo 191.c) de la Ley Procesal Laboral, denuncia infracción, por no aplicación, de los artículos 61 y 62 del reglamento de la mutualidad, aprobado por la

Dirección General de la Seguridad Social el 30 de julio de 1971; de la Disposición Transitoria Cuarta del mismo texto legal, así como del artículo 3.2 del Real Decreto 126/1988, de 22 de febrero, que contiene la regulación reglamentaria sobre la integración en el I.N.S.S. de la Mutualidad de Previsión, y de la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 21/86, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado, argumentando, sustancialmente, que el actor recurrente tiene derecho al rescate del capital solicitado por cumplir todos los requisitos reglamentarios y legales reconocidos tanto en el Reglamento de 1971 como en las normas posteriores. En los dos últimos puntos del recurso se citan, en apoyo de su pretensión, sentencias del Tribunal Supremo de fechas 22.12.92 (Ar. 10.355), 28.10.92 (Ar. 8.457) y del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Ar. 4.729) y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 29.11.95 (Ar. 4.351).

SEGUNDO.- Son datos a destacar del incombaticido relato probatorio de la sentencia que se impugna, los siguientes: a) El demandante, nacido el 21 de marzo de 1929, prestó servicios como oficial administrativo para el Servicio de Reaseguro de Accidentes de Trabajo y por tal motivo se mantuvo afiliado a la Mutualidad de Previsión desde el 1º de febrero de 1962 hasta el 14 de diciembre de 1978 (16 años y 9 meses) en que causó baja al ser declarado en situación de invalidez. b) El actor, con fecha 9 de diciembre de 1971, efectuó opción por el art. 62 del reglamento de 1971. Y c) el demandante solicitó del Instituto Nacional de la Seguridad Social el rescate del 100% del capital por fallecimiento, como prestación complementaria, que le fue denegada. En el relato fáctico no constan los motivos denegatorios que se recogen en el documento obrante al folio 5 de autos y son los siguientes: No ser jubilado forzoso (sino inválido), no tener 70 años (puesto que nació en marzo del año 1929) y no cumplir el requisito de haber optado por la Disposición Transitoria Cuarta del reglamento de 1971 (que permitía la opción del 100% del rescate de capital), sino que el actor consta que optó por el artículo 62 del reglamento de 1971 (opción por el 50%), recogido en el artículo 54.2 del reglamento de 1981 y derogado por resolución de la Dirección General de Régimen Económico y Jurídico de la Seguridad Social de cuatro de mayo de 1984.

Con estos antecedentes, la cuestión litigiosa consiste en determinar si el actor tiene derecho al rescate del 100% del capital por fallecimiento que postula en su demanda, lo que no impide que la sala pueda examinar igualmente si tiene derecho al 50% del capital, en virtud del principio de que “quien pide lo más, pide lo menos”, o si, por no cumplirse ninguno de los requisitos antes citados, el actor no tiene derecho al rescate del capital en

ningún porcentaje, que fue la tesis acogida por la sentencia recurrida, aceptando los argumentos denegatorios del Instituto demandado.

Es doctrina jurisprudencial reiterada –por toda, sentencia del tribunal de 20 de marzo de 1997 (Ar. 2.587), recaída en unificación de doctrina– que la prestación denominada rescate del capital por fallecimiento de la Mutualidad de Previsión estuvo reconocida en sus estatutos de 1953 –art. 62-, 1971 y 1981 –art. 54.2-, hasta que fue suprimida en el año 1984 por Resolución de 4 de mayo. Este reconocimiento presentó modalidades distintas en los diversos estatutos; en los de 1953 es el rescate del 100%, exigiéndose la edad de 70 años y la jubilación forzosa; en los de 1971 y 1981 el rescate sólo alcanza al 50% y se suprime los requisitos de edad y jubilación forzosa. Por otra parte, en estos estatutos, aquellos mutualistas que tenían esta condición a la entrada en vigor de 1971 pudieron optar entre la nueva modalidad o la precedente, según sus Disposiciones Transitorias y la Disposición Transitoria Décima de los estatutos de 1981. Partiendo de esta doctrina jurisprudencial resulta evidente que el actor sólo puede tener derecho al rescate del 50% del capital porque, según consta al folio 36 de los autos -y así se recoge en el ordinal quinto del relato de hechos probados-, el recurrente optó en su debido tiempo –dentro del plazo de un año que establecía la Disposición Transitoria Cuarta del Reglamento de la Mutualidad de Previsión de 1971– por el rescate previsto en el artículo 62 de este último reglamento, el cual permitía rescatar “en cualquier momento” el 50% del valor del capital por fallecimiento. Y esta opción no exige el cumplimiento de los requisitos de edad (70 años), ni de situación (jubilación forzosa), sino que, como se señala en el artículo 62 –párrafo 41– del Reglamento de 1971, no sólo los mutualistas por jubilación tienen derecho al rescate, sino también los que se encuentren en situación de invalidez –caso del actor-. Consecuentemente, al demandante-recurrente le asiste el derecho al reconocimiento del 50% del rescate objeto de debate, por lo que procede la estimación parcial de su demanda, en la mitad de la cuantía reclamada (483.394'- pts.), siendo de apreciar las infracciones jurídicas denunciadas –si bien en los términos que se dejan expuestos– y con la estimación parcial del recurso procede dictar un pronunciamiento revocatorio del impugnado. Por todo ello,

Fallamos

Que estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada del actor don B.P.L. contra la sentencia del Juzgado de lo Social número cinco de los de Vigo, dictada en fecha dieciocho de noviembre de mil novecientos noventa y seis, en proceso sobre reclamación de

rescate de capital por fallecimiento, seguido contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, con revocación de la misma y estimación parcial de la demanda, la Sala declara que el actor tiene derecho al CINCUENTA POR CIEN (50%) del rescate del capital reclamado y, en consecuencia, debemos condenar y condenamos al Instituto Nacional de la Seguridad Social a que abone al actor la suma de CUATROCIENTAS OCHENTA Y TRES MIL TRESCIENTAS NOVENTA Y CUATRO (483.394.-) PESETAS.

2911 RECURSO N° 136/97

S. S.

PROCEDENCIA DE DECLARACIÓN DE INCAPACIDADE PERMANENTE EN GRADO DE TOTAL, E NON PARCIAL, DERIVADA DE ACCIDENTE DE TRABALLO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José-Elias López Paz

A Coruña, a veintidós de marzo de dos mil.

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. 136/97 interpuesto por "M.F." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. UNO de Pontevedra.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- que según consta en autos se presentó demanda por don J.M.E. en reclamación de INCAPACIDAD E INDEMNIZACIÓN POR ACCIDENTE siendo demandado INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, "M.F.", "C.L., S.A." y los INTERVENTORES DE LA SUSPENSIÓN DE PAGOS (doña M.L.A.P., don C.G.F. y "B.S., S.A."); en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 736/96 sentencia con fecha veintinueve de octubre 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:
1º.- Don F.J.M.E., D.N.I..., nacido el ..., de profesión comercial del ramo automovilístico,

afiliado con el número..., al Régimen General de la seguridad social, sufrió a 02.09.1994 un accidente de trabajo, cuando prestaba servicios en la empresa "C.D.L., S.A.", los riesgos profesionales de tal aseguradora la "M.P.A.T.E.P.", de la SEGURIDAD SOCIAL. Fue examinado a 20.04.1996 Por la Unidad de Valoración Médica de Incapacidades. La Comisión de Evaluación de Incapacidades propuso la declaración de invalidez permanente en el grado de parcial para su profesión habitual. Se reconoció esa invalidez, sobre una base reguladora de 2.980.800 ptas. anuales, decisión impugnada en vía administrativa y ratificada, por similares razonamientos, en Resolución de 28.06.1996 de la Dirección Provincial del Referido Instituto.-
2º.- La base reguladora de las prestaciones de invalidez, en atención a las cotizaciones de la parte demandante, es de 7.444 ptas. diarias. Padece las siguientes enfermedades o lesiones derivadas de enfermedad común: "Paciente de 36 años que sufrió A.T. el 02.09.95., resultando con quemaduras de 2º y 3º grado en 35% de la superficie corporal (rostro, MMSS, MII, tórax y abdomen). Fue tratado quirúrgicamente con injertos mollados 1:3. Antibioterapia. Curas tópicas y tt. conservador con fisioterapia funcional y apoyo psicológico. Causó alta laboral incorporándose al trabajo el 31.10.95. Menoscabo: Secuelas de quemaduras en rostro, sin daño estético importante. Queloides en cara interna del antebrazo izdo. sin limitación en la funcionalidad del brazo. Daño estético muy importante en tórax, abdomen y parte posterior de MM.II., secundarias a injertos y queloides cutáneas, refiriendo gran tirantez, resecamiento cutáneo, alteraciones de la hielosis cutánea no soportando fuentes de calor. Trastorno depresivo reactivo importante.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor siguiente:
FALLO: Estimando totalmente la demanda interpuesta por don J.M.E., contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, "M.F.", la empresa "C.L., S.A.", e INTERVENTORES DE LA SUSPENSIÓN DE PAGOS (M.L.A.P., C.G.F. y "B.S., S.A."), declaro que don J.M.E. se encuentra en situación de Invalidez Permanente en grado de Total para su profesión habitual, derivada de enfermedad común, y, en consecuencia, condeno a la "M.P.A.T.E.P." de la SEGURIDAD SOCIAL nº 61 "FREMAP" a abonarle una indemnización a tanto alzado de 18.758.880 ptas. con responsabilidad subsidiaria del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL. Queda absuelta la Entidad Mercantil "C.L., S.A.".

CUARTO.- En fecha veinticinco de noviembre de mil novecientos noventa y seis se dictó Auto de

aclaración del anterior fallo, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: “Se rectifica el Fallo de la sentencia 564/96, de 29 de octubre, de este Juzgado de lo Social en el sentido de que, la invalidez permanente en grado de total, para su profesión habitual, del trabajador demandante se deriva de accidente de trabajo”.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- El demandante fue declarado afecto de incapacidad permanente parcial en vía administrativa; y disconforme con ello, tras agotar la vía administrativa previa, formuló demanda reclamando el reconocimiento de incapacidad permanente en grado de total, pretensión que ha sido estimada por la sentencia de instancia que declaró al actor en la indicada situación de Incapacidad Permanente Total derivada de la contingencia de accidente de trabajo, y condena a la M.P. “FREMAP” a abonarle una indemnización a tanto alzado por importe de 18.758.880 ptas. (84 mensualidades de la base reguladora que en la sentencia recurrida se fija en 7.444 patas/día, equivalente a 223.320 ptas./mes); declarando, igualmente, la responsabilidad subsidiaria del Instituto Nacional de la Seguridad Social y absuelve a la mercantil “C.L., S.A.”.

Este pronunciamiento se impugna por la representación procesal de la Mutua condenada, que articula su recurso a través de un solo motivo de suplicación, destinado al examen del derecho aplicado en la sentencia, y con adecuado amparo procesal en el apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, denuncia la Mutua recurrente cuatro distintas infracciones normativas que se relacionan con cuatro aspectos normativos diferentes entre sí y que se desarrollan por separado: A).- En el primero, denuncia aplicación indebida del apartado 4 del artículo 137 de la Ley General de la Seguridad Social; argumentando, en esencia, que las secuelas del accidente de trabajo sufrido por el actor, no tienen repercusión en lo puramente laboral. B).- En el segundo, denuncia infracción, por inaplicación de lo dispuesto en el artículo 126.2 de la vigente Ley General de la Seguridad Social, en relación con los artículos 94.2.c) y 95.1.4^a de la Ley General de la Seguridad Social de 24 de abril de 1966; alegando, un supuesto de infractocitación por parte de la empresa, originándose responsabilidad empresarial por esa diferencia no cotizada reglamentariamente, así como la subsidiaria del

I.N.S.A. para el caso de insolvencia de la empresa, reconociendo la obligación de anticipo por parte de la aseguradora de accidente de trabajo (la Mutua recurrente) en virtud del principio de automaticidad en el pago de las prestaciones, sin perjuicio de su derecho para repetir frente al responsable directo. C).- En el tercero, se denuncia infracción, por errónea interpretación, del artículo 5.1 regla 1^a de la Orden Ministerial de 31 de julio de 1972; argumentando, en síntesis, que aun siendo cierta la posibilidad legal de sustituir la prestación de pago periódico por incapacidad permanente total, por la indemnización a tanto alzado, la cantidad resultante ha sido calculada erróneamente por el juzgador de instancia, ya que a lo que tendrá derecho el actor sería a 84 mensualidades de la pensión y no a 84 mensualidades de la base reguladora que en la sentencia se le conceden. Y, D).- En el cuarto y último apartado, se denuncia infracción de las normas 2^a y 4^a del artículo 5.1 de la Orden Ministerial, antes citada, de 31 de julio de 1972; alega la Mutua recurrente que la petición de sustitución de la pensión por indemnización a tanto alzado, deberá formalizarse por el beneficiario dentro de los tres años siguientes a la resolución o sentencia firme que le reconociera el derecho a la pensión, firmeza que no se había producido todavía.

SEGUNDO.- El demandante, trabajador por cuenta ajena de la empresa “C.L., S.A.”, de profesión vendedor de automóviles, con ocasión de prestar servicios para dicha empresa sufrió un accidente de trabajo el 2 de septiembre de 1994, que le provocó quemaduras de 1º y 2º grado en el 50% del cuerpo, causando baja laboral e iniciando proceso de Incapacidad Temporal que se prolongó hasta el 31 de octubre de 1995, fecha en que causó alta por curación con secuelas. Y las secuelas que le han quedado al trabajador son las descritas en el ordinal 2º de la declaración de hechos probados –no cuestionado- y que, en resumen, son las siguientes: Quemaduras en rostro, sin daño estético importante; daño estético muy importante en tórax, abdomen y parte posterior de MM.II. secundarias e injertos y queloides cutáneos, alteraciones de la hielosis no soportando fuentes de calor. Trastorno depresivo reactivo importante.

Conformado así el cuadro de secuelas que presenta el trabajador, la Sala entiende que el mismo inhabilita para las fundamentales tareas de su profesión; si bien es cierto que las invalideces protegidas por la Seguridad Social son eminentemente profesiones, -tal como se afirma en el recurso-, sin que el artículo 137 de la L.G.S.S. que se cita como infringido contemple o valore otros menoscabos que no sean los puramente funcionales; sin embargo, hay que

resaltar que las secuelas del trabajador no sólo están relacionadas con las quemaduras sufridas en el accidente, las cuales, efectivamente, por sí solas no suponen un menoscabo importante para su trabajo habitual de vendedor de automóviles; pero a dichas secuelas haya que añadir un "Trastorno depresivo reactivo importante", según consta en el informe propuesta de la propia Mutua recurrente, y que aparece corroborado por el dictamen de la Unidad Médica de Valoración de Incapacidades; y esta patología depresiva, unida a las secuelas de las quemaduras, supone una merma funcional que implica la imposibilidad de poder llevar a cabo con un mínimo de eficacia, las tareas propias de su profesión, por lo que procede el reconocimiento de la invalidez en el grado de I.P.T., tal como acertadamente declara la Sentencia que se impugna; por lo que este apartado del recurso no resulta acogible.

TERCERO.- En cuanto al apartado II del único motivo del recurso, en el que se denuncia la responsabilidad de la empresa por infractoización, tampoco puede ser acogido en base a dos razones fundamentales: De un lado, porque esta cuestión no aparece claramente planteada en la instancia, tratándose de un hecho nuevo alegado extemporáneamente; y, de otra parte, la sentencia recurrida explica satisfactoriamente en su Fundamento Segundo el cálculo de la cuantía de la base reguladora, la cual inicialmente se formó sin tener en cuenta unas cotizaciones de la empresa efectuadas con posterioridad al accidente, pero que no son ficticias, sino que habitualmente –tal como sucedió en años precedentes- la empresa efectuaba las cotizaciones correspondientes a las comisiones cada dos, tres o cuatro meses, y en este caso el hecho de que se hayan efectuado con posterioridad al accidente, no supone ninguna maniobra fraudulenta para intentar incrementar irregularmente la base reguladora, sino que, tal como se afirma en la sentencia recurrida, dichas cotizaciones corresponden a salarios reales, que también fueron abonadas a otros trabajadores de la empresa, no solo al accidentado; y, además, dichas comisiones fueron percibidas por el trabajador en años anteriores, con la correspondiente retención fiscal y declaradas en el I.R.P.F.; todo lo cual implica que la alegación de la Mutua es claramente infundada y que la base reguladora de la pensión ha sido correctamente calculada.

CUARTO.- En el III apartado, se denuncia infracción, por errónea interpretación, del artículo 5.1, regla 1^a de la Orden Ministerial de 3º de julio de 1972, por haberse producido error en el cálculo de la cantidad resultante de la indemnización solicitada.

La censura jurídica debe ser acogida, con independencia del derecho a obtener o no la indemnización solicitada en este momento, (cuestión que se analizará en el siguiente apartado) y es que la sentencia de instancia incurre en el error que se denuncia en este apartado del recurso. En efecto, el precepto que se cita como infringido (art. 5.1 de la Orden Ministerial de 31-julio-92) dispone que "la cuantía de la indemnización será equivalente al importe de la ochenta y cuatro mensualidades de la pensión...", por lo tanto, la cuantía a la que tendrá derecho el trabajador sería de ochenta y cuatro mensualidades del importe de la pensión, y no a ochenta y cuatro mensualidades de la base reguladora que en la sentencia se le reconoce. Partiendo de la base reguladora que la sentencia declara de 7.444 ptas./día, lo que equivale a 223.320 ptas. mes, la cuantía de la pensión que le correspondería al demandante por invalidez en el grado de I.P.T. sería de 122.826 ptas./mes (55% de la base reguladora de 223.320 ptas.), por 84 mensualidades, resulta una suma de 10.317.384 ptas., muy inferior a la de 18.758.880 ptas. a que fue condenada la Mutua por la sentencia recurrida.

QUINTO.- En el IV y último apartado del único motivo del recurso, la Mutua recurrente denuncia infracción de las reglas 2^a y 4^a del artículo 5.1 de la Orden Ministerial antes citada, por haberse optado por la indemnización sin que la sentencia hubiese ganado firmeza.

Procede acoger la censura jurídica que se contiene en el anterior apartado del recurso, por cuanto, si bien resulta indiscutible que la prestación económica de la incapacidad permanente total, puede sustituirse por una indemnización a tanto alzado cuando el beneficiario fuese menor de sesenta años (artículo 139.2 de la L.G.S.S., en relación con el artículo 5 de la Orden Ministerial antes citada) siempre que se cumplan los demás requisitos prescritos en la regla 3^a de este último precepto; sin embargo, la petición del beneficiario debe formalizarse "dentro de los tres años siguientes a la fecha de la resolución o sentencia firme que le reconocieran el derecho a la pensión" (regla 2^a del artículo 5.1 de la O.M. de 31.07.72); así pues, la opción del beneficiario es un trámite que debe desarrollarse con posterioridad a la firmeza de la sentencia, debiendo de acreditar unos determinados requisitos que exige la citada regla 3^a del art. 5.2. La norma en cuestión, no ofrece ninguna duda interpretativa, y no autoriza en modo alguno a que pueda efectuarse la opción simultáneamente con el reconocimiento de la prestación, sino que exige –como ya se dijo- la previa firmeza de la sentencia que reconoce la Invalidez; y, obviamente, la sentencia que reconoció la

prestación no ganó firmeza, como tampoco es firme la presente resolución de la Sala, por lo que la opción ejercitada se efectuó extemporáneamente, debiendo estimarse este motivo del recurso y declarar que el actor tiene derecho a percibir la Incapacidad Permanente Total reconocida, en la cuantía del 55% de la base reguladora de 223.320 ptas. (pensión inicial 122.826 ptas.), doce veces al año, por derivar de la contingencia de accidente de trabajo; sin perjuicio de que firme esta resolución el beneficiario pueda ejercitar la opción que postula en la demanda; procediendo dejar sin efecto el aval bancario emitido en aseguramiento de la cantidad a que fue condenada la Mutua recurrente, la cual deberá constituir en la T.G.S.S. el capital conste de renta en los términos exigidos por el artículo 286 de la Ley de Procedimiento Laboral, en relación con el art. 192-2 del mismo texto legal.

Fallamos

Que estimando en parte el recurso de Suplicación interpuesto por la representación letrada de la M.A.T. Número 61 “FREMAP”, contra la sentencia dictada por el Juzgado de la Social número UNO de los de Pontevedra, de fecha veintinueve de octubre de mil novecientos noventa y seis, en proceso sobre Invalidez, seguido a instancia del actor don J.M.E., contra la citada Mutua recurrente y contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la empresa “C.L., S.A.” y contra los interventores judiciales de la suspensión de pagos de la citada empresa “C.L.E.R., S.A.”, doña M.L.A.P., don C.G.F. y “B.S., S.A.”, y con revocación parcial de la misma, debemos declarar al demandante en situación de Invalidez Permanente Total para su profesión habitual, derivada de accidente de trabajo, condenando a la Mutua recurrente a abonar al actor una pensión en la cuantía del 55% de una base reguladora de 223.320 ptas./mes, durante doce veces al año, con la responsabilidad subsidiaria del I.N.S.S.; sin perjuicio de que, firme esta resolución, el beneficiario pueda ejercitar la opción que postula en la demanda; y con absolución del resto de los demandados. Déjese sin efecto el aval bancario emitido en aseguramiento de la cantidad a que fue condenada la Mutua, la cual deberá constituir en la T.G.S.S. el capital coste de renta en los términos legalmente exigidos por el artículo 286 de la L.P.L., en relación con el artículo 192.2 del mismo texto legal. Absolviendo a la empresa demandada “C.L.E.R., S.A.” y a doña M.L.A.P., don C.G.F. y “B.S., S.A.” en su calidad de interventores de la suspensión de pagos.

2912 RECURSO Nº 0692/00

S. S.

INEXISTENCIA DE DESPEDIMENTO, Ó MEDIANTE MUTUO ACORDO EXTINTIVO DO CONTRATO.

PONENTE: Ilmo. Sr. Don Antonio Jesús Outeiriño Fuente

A Coruña, a veintitrés de marzo de dos mil.
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. 0692/00 interpuesto por don J.J.C.M. en nombre y representación de don J.A.N.G., contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº uno de los de Santiago.

Antecedentes De Hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 636/99 se presentó demanda por don J.A.N.G., sobre despido, frente a la empresa “Instituto Galego de Promoción Económica”. En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 20 de diciembre de 1999 por el juzgado de referencia, que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “**PRIMERO.-** Que el actor comenzó a prestar servicio por cuenta y bajo la dependencia del Instituto Galego de Promoción Económica, con domicilio en Santiago, C/..., en virtud de contrato de trabajo de alta dirección, suscrito en fecha uno de junio de mil novecientos noventa y ocho para la prestación de servicios como Director del Centro de Promoción de Negocios de Galicia en Curitiba (Brasil), bajo la responsabilidad directa del Director del Área de Promoción e Inversiones del IGAPE y, en su caso, bajo la coordinación del Director General adjunto del IGAPE, percibiendo una retribución bruta anual de 49.000 dólares USA, distribuida en catorce pagas, actualizable anualmente en el mismo porcentaje que el resto del personal del IGAPE, en la forma fijada por la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Galicia, y una retribución variable, una vez superados los objetivos mínimos, de 1.500 dólares USA por cada acuerdo de cooperación implantación de filial comercial o inversión

productiva directa de empresas gallegas en Brasil, con un máximo de 49.000 dólares USA anuales y el 0,5% sobre el importe de la inversión neta de losos proyectos de inversión que empresas brasileñas implanten en Galicia mediante su participación directa, con un máximo de 49.000 dólares USA por este concepto. SEGUNDO.- Que en fecha trece de agosto de mil novecientos noventa y nueve el IGAPE remitió fax al actor, que lo recibió en la misma fecha y prestó su conformidad, en virtud del cual se extinguía de mutuo acuerdo el contrato suscrito en fecha uno de junio de mil novecientos noventa y ocho, con efectos desde el treinta y uno de agosto de mil novecientos noventa y nueve, fijándose una indemnización de 45 días de su salario fijo. TERCERO.- Que en fecha doce de agosto de mil novecientos noventa y nueve el actor entregó las llaves de la oficina, muebles y equipamientos, conforme a una lista redactada, a don A.V.G., todo ello en perfectas condiciones de uso. CUARTO.- Que en fecha veintiséis de agosto de mil novecientos noventa y nueve el actor se dirigió al IGAPE mediante FAX, manifestando su más rotundo rechazo a la extinción de mutuo acuerdo del contrato laboral, indicando que suponía un despido y rechazando dicho despido. QUINTO.- Que el IGAPE procedió a dar de baja al actor en la Seguridad Social diez de septiembre de mil novecientos noventa y nueve, con efectos desde el treinta y uno de agosto de mil novecientos noventa y nueve. SEXTO.- Que el actor percibió del IGAPE en 1998 una retribución por importe de 28.583 dólares USA y en 1999 de 32.067 dólares USA. SÉPTIMO.- Que el actor no ha ostentado la condición de representante legal o sindical de los trabajadores en el año inmediatamente anterior. OCTAVO.- Que en fecha veintisiete de septiembre de mil novecientos noventa y nueve tuvo lugar el preceptivo acto de conciliación ante el SMAC de Santiago, con el resultado de intentado sin efecto por incomparecencia del demandado”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que desestimando la demanda formulada por don J.A.N.G., contra el INSTITUTO GALEGO DE PROMOCIÓN ECONÓMICA, debía de absolver y absolvía a la entidad demandada de los pedimentos contenidos en la misma. Notifíquese... etc.”.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, que fue 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 de despido interpuesta por el actor

absolviendo libremente de la misma a la empresa demandada. Y contra este pronunciamiento recurre la parte actora articulando un primer motivo de suplicación, al amparo del art. 191.a) de la LPL, en el que denuncia infracción de normas o garantías de procedimiento generadoras de indefensión, en concreto, del art. 105 apartado 1º de la LPL y de la doctrina constitucional que cita, por entender que tras ratificarse en el contenido de la demanda, se concedió la palabra a la parte demandada, y, tras finalizar ésta en su uso, se denegó al ahora recurrente la posibilidad de hacer uso de la práctica de alegaciones, entendiéndose por el magistrado de instancia que no le correspondía al ser tal facultad potestativa del juzgador de conformidad con lo prevenido en el art. 85 de la Ley Rituaria Laboral, sin que se entendiera necesario tal uso, lo que a juicio del recurrente comportó una infracción del art. 105 de la LPL que le colocó en una situación de indefensión. La nulidad que se invoca no puede prosperar, pues si bien de conformidad con lo dispuesto en el art. 105. 1 de la LPL, en los procedimientos por despido ratificado, en su caso, la demanda, tanto en la fase de alegaciones como en la práctica de la prueba, y en la fase de conclusiones, corresponderá al demandado exponer sus posiciones en primer lugar, lo que significa que el trabajador pasa a ocupar la posición de parte demandada. Sin embargo, ello no significa que la omisión de la posibilidad del trámite de alegaciones al trabajador, una vez que éste ha ratificado -sin más- su demanda y la empresa ha efectuado las suyas, deba de significar necesariamente la existencia de una situación de efectiva indefensión, pues ni en la protesta realizada por el actor en el acto del juicio, ni ahora en su escrito de recurso, ni tampoco en el trámite de conclusiones en el que se limitó a insistir en su pretensión de demanda, el recurrente ha manifestado cuales son esas supuestas alegaciones que pretendía efectuar y de las que ha sido privado, sin que en ningún momento haya revelado hecho alguno que pudiera ser determinante de una posible ampliación de su demanda sin variación sustancial, ni tampoco consta que se haya visto impedido de probar las aludidas alegaciones que pretendía realizar. Consecuentemente, no cabe apreciar una situación de efectiva indefensión determinante de la nulidad de actuaciones que se invoca (art. 238.3 LOPJ), pues debe tenerse presente que ésta constituye siempre una solución extraordinaria y de último recurso en virtud de la aplicación del denominado principio de conservación de los actos procesales, ya que no toda irregularidad de tal índole comporta el efecto de la nulidad de actuaciones cuando, como ha ocurrido en el presente caso, no se ha producido una efectiva indefensión.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 191.b) de la LPL, formula el recurrente un segundo motivo de suplicación en el que interesa la revisión de los hechos probados segundo y cuarto de la resolución recurrida para que se redacten en el sentido siguiente:

* El hecho segundo: "Que en fecha 13.08.99 el IGAPE remitió fax al actor, que /o recibió en la misma fecha, en virtud del cual el IGAPE le comunicó la decisión de extinguir el contrato laboral de alta dirección suscrito con el mismo con efectos de fecha 30.08.99, así como a abonarle en concepto de indemnización una cantidad equivalente a cuarenta y cinco días de su salario fijo, poniendo a su disposición la liquidación correspondiente".

* El hecho cuarto: "Que en fecha veintiséis de agosto de mil novecientos noventa y nueve el actor se dirigió al IGAPE mediante FAX manifestando su más profundo rechazo a la afirmación del IGAPE sobre la extinción de mutuo acuerdo del contrato laboral, indicando que suponía un despido y rechazando dicho despido".

Las modificaciones interesadas no pueden prosperar por las siguientes razones: la del hecho segundo, porque el recurrente omite del documento-fax que transcribe que el actor Sr. N.G. suscribió con su firma, al pie del mismo, la siguiente manifestación: "Recibí, conforme con los términos del presente escrito"; declaración ésta a la que el juzgador a quo ha concedido plena eficacia apreciándola de forma conjunta con la testifical practicada en el acto de juicio, llegando a la razonada conclusión de su certeza y veracidad (art. 97.2 LPL), sin que exista base alguna para sustituir su objetivo e imparcial criterio por el mas subjetivo e interesado de parte, máxime cuando pese a haber negado el demandante su firma en el acto del juicio y habersele dado la oportunidad de interponer querella criminal, dejó transcurrir dicho plazo sin efectuarlo. En idéntica medida, tampoco resulta acogible la modificación del hecho cuarto, por cuanto la misma aparece íntimamente ligada y encadenada a la anterior, ya que no cabe hablar de una simple "afirmación del IGAPE" en cuanto a la extinción del contrato, cuando ha permanecido incólume el hecho anterior en que para nada aparece desvirtuada la declaración documentada del actor mostrando conformidad con los términos del fax recibido.

TERCERO.- Con cita procesal del art. 191.c) de la LPL, articula el demandante un tercer motivo de suplicación en el que denuncia infracción de lo dispuesto por los arts. 2, 3.1.c) y 49.1, 54, 55 y 56 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores (ET en lo sucesivo), y los arts. 1.262 y 1.281 y siguientes del Código Civil, así como lo señalado por el

artículo 1 del Real Decreto 1.382/1985, de 1 de agosto por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección, y la jurisprudencia interpretadora de los citados preceptos, todo ello sobre la base de sostener que las consecuencias jurídicas que han de extraerse del contenido de los documentos suscritos por las partes o faxes enviados y recibidos por ellos, es la de que nos encontramos ante una decisión extintiva unilateral del empresario, y que la calificación jurídica del contrato de trabajo no es la de una relación especial de alta dirección, sino la de una relación laboral ordinaria. La censura jurídica que se denuncia tampoco puede prosperar, pues constando probado que en fecha 13 de agosto de 1999 el IGAPE remitió fax al actor, que lo recibió en la misma fecha y "prestó su conformidad", en virtud del cual se extinguía de mutuo acuerdo el contrato suscrito en fecha 1 de junio de 1998, con efectos desde el 31 de agosto de 1999, fijándose una indemnización de 45 días de su salario fijo, es claro que no cabe apreciar la existencia de una decisión extintiva empresarial calificable como despido, sino que la finalización del contrato de trabajo se produjo por mutuo acuerdo de las partes subsumible en el apartado a) del art. 49 del ET, sin que el posterior intento de retractación por parte del actor pueda afectar a la validez y eficacia de dicho acuerdo, ya que no existe dato objetivo alguno que permita apreciar la existencia de algún vicio de consentimiento de los previstos en el art. 1.265 del C.c. (error, dolo, violencia o intimidación), en el momento de expresar su aceptación. En consecuencia, no habiendo existido despido, procede desestimar el recurso y confirmar íntegramente el fallo impugnado. Por lo expuesto,

Fallamos

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por el actor don J.A.N.G., contra la sentencia de fecha 20 de diciembre de 1999 dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Santiago de Compostela, en los presentes autos sobre despido tramitados a instancia del recurrente frente al demandado Instituto Galego de Promoción Económica, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha sentencia.

2913 RECURSO Nº 97/2000

S. S.

DESPEDIMENTO NULO CON
RESPONSABILIDADE SOLIDARIA DO
GRUPO EMPRESARIAL EMPREGADOR.

PONENTE: Ilmo. Sr. Don Miguel A. Fernández Otero

A Coruña, a veinticuatro de marzo de dos mil.
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. 97/2000 interpuesto por las empresas “C.L.E., S.A.” y “C.A.S.S.- C.D.”, contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº uno de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 508-99 se presentó demanda por don S.M.F. en reclamación de despido siendo demandado el empresas “C.L.E., S.A.” y “C.A.S.S.- C.D.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 23 de julio de 1999 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 S.M.F., vino prestando servicios para el banco “C.L.E., S.A.” desde el de mayo de 1973, con la categoría profesional de técnico nivel II, desempeñando el puesto de trabajo de director de la sucursal de Ourense sita en... y percibiendo un salario bruto mensual de 705.724.-pts.- SEGUNDO.- En fecha 13 de mayo le es entregada carta de despido con efectos del día siguiente, cuyo tenor literal es el siguiente: “Muy Sr. nuestro: La dirección del banco ha tenido conocimiento de una serie de hechos anómalos, realizados por Vd. en la agencia de Orense, en la que Vd. desempeña el puesto de director desde el 01.09.93, que a continuación se relacionan: Con fecha 20.10.95, el entonces Director Comercial de la red de provincias del banco, don J.C.B., envió un escrito a la dirección del banco informando de algunas irregularidades detectadas en la agencia de Orense, en la que Vd. era director, que se describían como sigue: “El director percibe 32.000.-Pts., netas al mes por caja en concepto de kilometraje. Este dinero le

fue asignado cuando le nombraron director dado que el banco no tiene coche en Orense”.- Como Vd. conoce perfectamente existe una práctica habitual en el banco, recogida en una normativa interna en forma de circulares sobre como liquidar los gastos de esta naturaleza, motivo por la cual y para resolver esta situación irregular, el propio Sr. C. sugirió a la dirección de personal y RR.HH. incorporara dicho importe de 32.000.-Pts., en su recibo mensual de nómina, lo que así se hizo a partir del mes de enero de 1996. Este importe de 32.000.- Pts., se incorporó a partir de ese mes en el concepto de nómina denominado “Complemento de Carácter Personal”. De dicho incremento de su nómina y de las razones del mismo fue Vd. debidamente informado en su momento.- Con fecha 22.04.99, doña C.M., responsable del departamento de administración, con el visto bueno de la dirección de personal y RR.HH., le remitió a Vd. un escrito en la que se le reflejaban las anomalías detectadas en cuanto a la liquidación de gastos de kilometraje, indicándose que no existe constancia a nivel de la dirección de personal de las condiciones excepcionales de su incorporación a la Agencia de Orense; así como que ningún empleado del Banco puede autorizarse a sí mismos los gastos que realiza debiendo siempre un superior jerárquico dar su conformidad, y que debe existir una justificación de los kilómetros realizados para poder acceder al pago de los mismos. Asimismo se le indicaba que con el fin de poner en orden dichas liquidaciones deberían incluir en las mismas las visitas o desplazamientos realizados y que justifiquen el importe a pagar, con un máximo de 32.000.- pts. mensuales y autorizadas por el director de zona.- Con fecha 24.04.99 dirigió Vd. un escrito a la Sra. M. en respuesta al referido en el párrafo anterior, en el que Vd. manifiesta que está en conocimiento del dirección de personal que viene cobrando un plus de 42.000.- pts. mensuales desde el 1º de septiembre de 1993, así como que Vd. considera que “el plus que mensualmente vengo percibiendo es correcto”. Tal afirmación es incierta puesto que, como Vd. conoce perfectamente, todos los salarios que perciben los empleados del banco están sujetos tanto a retención fiscal como a cotización a la Seguridad Social, y en el caso de indemnizaciones o suplidos pagados fuera del recibo de nómina es obligatoria la justificación de los gastos realizados mediante la presentación de las facturas correspondientes. Al cobrar Vd. en efectivo por caja estos importes, sin autorización de su director de zona, incumplía gravemente, asimismo, las normas del banco, que obligan a todo gasto justificativo de percepción de indemnización o suplido esté autorizado por un superior jerárquico.- Como Vd. tuvo ocasión de saber y comprobar en su día, el incremento de las 32.000.- Pts. en su recibo de nómina fue

motivado precisamente por la necesidad de finalizar la práctica anómala en la que Vd. venía incurriendo en cuanto a liquidación de gastos no justificados. No obstante Vd. ha continuado realizando liquidaciones anómalas todos los meses, después incluso por el importe de 42.000.- Pts., incumpliendo con ello y haciendo incumplir al banco la normativa fiscal como la de Seguridad Social, con el pretexto de que era un plus negociado en su día, que, de haberlo sido, hubiera quedado perfectamente compensado con la incorporación definitiva en su recibo de nómina de las 32.000.- Pts. que Vd. cobraba entonces, cosa que se produjo en el mes de enero de 1996. Pese a ello Vd. ha continuado realizando cobros mensualmente por el importe de 42.000.- Pts. de forma irregular, ya que esta dirección de personal no tenía conocimiento de ello, con el pretexto de no haber sido informado de la incorporación citada.- Los hechos anteriormente descritos configuran graves y reiteradas transgresiones de la buena fe contractual así como abuso de confianza, por lo que en aplicación de lo establecido en el Artículo 5º -régimen de sanciones-, apartado c) Por faltas muy graves, del convenio colectivo vigente para la banca privada, por medio de la presente se le aplica la sanción de despido disciplinario, con efectos a partir del día siguiente a la recepción de este escrito.- Sírvase retirar el duplicado de esta carta en señal del enterado".- TERCERO.- El actor en fecha 1 de septiembre de 1993 fue trasladado de una sucursal en Vigo a la sucursal de Ourense sita en..., como director. Como dicha sucursal no tenía vehículo pues se lo llevó el antiguo director, al actor de le ofreció un nuevo vehículo o percibir una compensación económica por utilizar su vehículo propio, consistente en una cantidad fija de 42.000.-pts., desglosadas de la siguiente forma: 32.000.- pts. en concepto de kilometraje y 10.000.-pts., en concepto garaje, cantidades no incluidas en nómina que el actor cobraba a través de caja previo relleno de un formulario del banco, de informe de gastos, en el que hacía constar "Suplidos vehículo banco" llenando uno por kilometraje y otro por aparcamiento y sin tener que justificar kilometraje alguno.- A dicho acuerdo llegó con el Sr. G. en el momento de su incorporación, sin que dichos informes de gastos tuviesen que ser ratificados por su superior jerárquico el director de zona don A.T.R.- CUARTO.- Por el banco demandado se informó al actor mediante carta de fecha 21 de marzo de 1995 que su salario para el año 1995 iba a ascender a 6.150.000.-pts. brutas. Por carta de fecha 7 de febrero de 1996 se le informa que su salario para el año 1996, iba a ascender a 6.600.000.-pts. brutas.- El actor percibió en concepto de complemento de carácter personal las siguientes cantidades: Año/95: de enero a diciembre: 3.959.- pts., 3.959.- pts., 3.959.- pts.,

53.071.- pts., 16.237.- pts.- Total: 216.210.- pts.- Año/96: de enero a diciembre: 48.237.-pts.- 48.238.-pts.- 30.967.-pts.- 51.197.-pts.- 51.197.-pts.- 51.197.-pts.- 38.388.-pts.- 38.388.-pts.- 38.388.-pts.- 38.388.-pts.- 34.761.-pts.- 43.610.-pts.- Total: 512.964.- pts.- Percibió el actor en concepto de complemento personal:

-Abril/98.....	21.791.- pts.
-Mayo/98.....	21.791.- pts.
-Junio/98.....	21.791.- pts.
-Julio/98.....	7.834.- pts.
-Agosto/98.....	7.834.- pts.
-Setiembre/98....	7-834.- pts.
-Octubre/98.....	7.834.- pts.
-Noviembre/98...	7.834.- pts.
-Diciembre/98...	7.834.- pts.
-Enero/99.....	12.274.- pts.
-Febrero/99.....	12.274.- pts.
-Marzo/99.....	12.274.- pts.
-Abril/99.....	12.274.- pts.
-Mayo hasta el día 13...	5.319.- pts.

QUINTO.- En fecha 11 de noviembre de 1998 se llegó a un acuerdo por el cual C.D. adquirió el 100% de las acciones de "C.L.E., S.A."-

SEXTO.- Como consecuencia de esta adquisición, por el consejo de administración de C.D. se pretendió integrar en dicha entidad al personal del banco demandado, haciendo por ello un protocolo de integración adoptado a propuesta de los representantes de la sección sindical de U.G.T., en "C.D.", cuyo contenido por constar en autos se da por reproducido y que fue firmado en Salamanca el 31 de marzo de 1999.- SEPTIMO.- En fecha 6 de abril de 1999 se le remite carta al actor ofreciéndole la integración en la plantilla de "C.D.", para lo cual tendría que firmar un documento en el que manifestara su adhesión a la integración y a que esta se realizada en los términos del acuerdo del consejo de administración de 26 de marzo de 1999 y del protocolo antes mencionado, señalándose que si no deseaba integrarse en "C.D." continuaría prestando sus servicios en "C.L.E., S.A.", señalándose como fecha tope para firmar la integración se señalaba el día 30 de abril de 1999.- OCTAVO.- Con motivo de la integración del personal del banco demandado en "C.D.", se produjo una confrontación entre el sindicato de Comisiones Obreras mayoritario en el banco demandado y el sindicato Unión General de Trabajadores mayoritario en "C.D.", al entender el primero que la integración no había sido negociada con los representantes de la plantilla de "C.L.E., S.A.", al haber sido confeccionado el protocolo de integración a propuesta de la sección sindical de U.G.T. en "C.D." y aprobada por el

consejo de administración. Ello llevó a que se dieran consignas de no firmar el protocolo por parte de CC.OO., FITC y CSICA, y a que convocase una huelga para los días 20, 23, 29 y 30 de abril por los sindicatos CC.OO y FITC, que fue desconvocada para el día 20 y en la que el día 23 participaron 35 personas de un total de 673 personas. El día 23 habían firmado el protocolo 569 empleados.- NOVENO.- En fecha 30 de abril de 1999, todos los trabajadores de "C.L.E., S.A.", salvo dos habían firmado su adhesión a la integración de "C.D.", siendo uno de los no firmantes el actor. el otro trabajador no presta servicios para el empresa en la actualidad.- DÉCIMO.- En fecha 20 de abril de 1999 por el director de zona don A.T.R., remite una carta a todos los directores, oficina zona noroeste en la que ruega comuniquen a vuelta de fax, los gastos fijos que cobren mensualmente tales como kilometraje, aparcamiento, peaje. Ese mismo día, el actor le comunica que esta liquidando mensualmente por motivo de suplico de vehículo del banco la cantidad de 42.000.-pts.- UNDECIMO.- En fecha 22 de abril de 1999, recibe comunicación el actor de doña C.M. de administración general con el visto bueno del Sr. T. de dirección de personal del siguiente tenor literal: "1º) No existe constancia a nivel de la dirección de personal de las condiciones contractuales con las que se incorporara a la sucursal de Orense.- 2º) Ninguna persona puede autorizarse a si misma los gastos o pagos que realiza. Siempre debe ser un superior jerárquico el que dé la conformidad.- 3º) Debe existir una justificación de los kilómetros realizados para poder acceder al pago de los mismos.- Por ello, y en base a las normas en vigor, deberán anularse las contabilizaciones y pagos realizados en el mes de enero, febrero y marzo de pesetas 42.000.- cada mes.- Con el fin de poner en orden dichas liquidaciones, deberán incluir en las mismas las visitas o desplazamientos realizados y que justifiquen el importe a pagar, con un máximo de 32.000 pesetas mensuales y autorizadas por el director de zona.- Dada la importancia del tema, les rogamos que quede solucionado durante el presente mes de abril".- El 29 de abril de 1999 el actor remite comunicación escrita del siguiente tenor literal: 1º) No se si existe constancia a nivel de la dirección de personal de las condiciones contractuales con las que me incorporé a la sucursal de Orense, pues no es de mi competencia, pero si le manifiesto que está en conocimiento del departamento de personal que vengo cobrando un plus de 42.000.-pts., mensuales desde el día 1 de septiembre del año 1993.- 2º) No entro en que una persona pueda o no autorizarse a si mismo los gastos o pagos que realiza, pero lo que si le puede decir es que este no es mi caso, ya que yo no cobro gastos, y el plus que liquido todos los meses por caja, que

desde un principio se han contabilizado en los gastos generales de la sucursal, por necesidades contables, están perfectamente autorizados por la dirección competente, como así queda ratificada por escrito que adjunto de mi director de zona.- 3º) Por el mismo punto anterior, le vuelvo a aclarar debido a que "es un plus y no un gasto, no tengo nada que justificar.- Por todo lo expuesto, considero que el plus que mensualmente vengo recibiendo es correcto, quedando a disposición para corregir la forma de contabilización, si la actual no es la correcta.". - DUODECIMO.- En fecha 30 de abril de 1999 el actor remite carta a don A.S.D., comunicándole lo siguiente: "Muy Sr. mío: en contestación a su atta. del 6 de los corrientes y en referencia al asunto de "INTEGRACION en "C.D.", quiero manifestarle lo siguiente: Mi deseo personal es la plena integración en la plantilla de "C.D.", pero me veo imposibilitado a firmar el protocolo de integración en la misma, debido a que dicho protocolo, entiendo, vulnera los derechos que durante 26 años he adquirido en materia de ingresos económicos". - DECIMOTERCERO.- En fecha 7 de mayo el actor recibe comunicación del director don E.G.M., comunicándole que a partir del día 10 de este mes se procedería a realizar una inspección por parte de don J.M.M.S., cuyo objeto era el verificar el grado cumplimiento de las principales acciones correctoras recomendadas en nuestra anterior misión de inspección en esa agencia, especialmente en sus riesgos de crédito, operativos, contables, de fraude y blanqueo de capitales, de duración de 5 días.- DECIMOCUARTO.- En la sucursal del actor, en el año 1995 incrementó sus recursos un 28,42%.- DECIMOQUINTO.- El actor está afiliado al sindicato Unión General de Trabajadores, afiliación que no conocía el banco demandado en el momento del despido. El despido del actor fue comunicado a las secciones sindicales de U.G.T., CC.OO., FTC y confederación de cuadros.- DECIMOSEXTO.- El actor no ostenta ni ha ostentado durante el último año cargo representativo de los trabajadores.- DECIMOSEPTIMO.- En fecha 17 de junio de 1999 se celebró acto de conciliación ante el S.M.A.C., con resultado "Sin Avenencia", en relación con el banco demandado y "Sin Efecto" respecto a "C.D." El actor presentó demanda ante el Juzgado de lo Social Decano en fecha 22 de junio de 1999."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando la demanda formulada por don S.M.F. contra las empresas "C.L.E., S.A." y "C.A.S.S.- C.D.", debo declarar y declaro nulo el despido del actor, condenando conjunta y solidariamente a las empresas demandadas a que readmitan al actor en su puesto de trabajo en

iguales condiciones que antes del despido y le abonen los salarios dejados de percibir.”

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandadas 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 la demanda, declaró la nulidad del despido y condenó solidariamente a las empresas codemandadas (“C.L.E., S.A.” y “C.A.S.S.-C.D.”) a la readmisión del trabajador, y frente a ella recurren ambas empresas condenadas en un único recurso basado en los siguientes motivos: 1º) nulidad de actuaciones, con reposición al trámite de admisión de la demanda, al no haberse emplazado al Ministerio Fiscal, lo que supone infracción de los arts. 238.3 de la L.O.P.J. y 175.3, 181 y 182 de la Ley de Procedimiento Laboral; 2º) nulidad de actuaciones desde el acto del juicio (sic) por omitir el acta el trámite de conclusiones, citándose al efecto –como infringidos- los arts. 238.3 de la L.O.P.J. y 6.3 del Código Civil; 3º a 9º), revisión fáctica, atinente a los cardinales cuarto, séptimo y noveno del relato histórico, tercero, cuarto y quinto de la fundamentación jurídica, además de determinadas adiciones; 10º) infracción del art. 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores; 11º) violación, por aplicación indebida, del art. 55.5 del Estatuto de los Trabajadores en relación con los arts. 17, 20.c) y 14 de la C.E., y 12º) infracción de la doctrina jurisprudencial que se invoca.

SEGUNDO.- El art. 182 de la L.P.L. dispone que las demandas por despido en las que se invoque lesión de derechos fundamentales, no se tramitarán por el procedimiento de “tutela de los derechos de libertad sindical (capítulo XI del Título II), sino, inexcusablemente, con arreglo a la modalidad procesal correspondiente, que en este caso es la del capítulo II del título II (“De los despidos y sanciones”), en la que no está previsto el emplazamiento del Ministerio Fiscal.

TERCERO.- No alega el recurrente que en el juicio de despido se hubiera privado a las partes del trámite de conclusiones (de hecho, manifiesta que “según me confirman mis poderdantes, dicho trámite tuvo una extensa duración, debido al planteamiento de la presunta vulneración de derechos fundamentales y a la valoración de todos los medios de prueba practicados”), sino que no se hiciera mención de él en el acta del juicio, omisión meramente formal, susceptible de corregirse a instancia de las partes al tiempo de firmar el acta (no hubo protesta alguna) y en absoluto determinante de la indefensión alegada.

CUARTO.- En cuanto a la revisión de hechos, no hay inconveniente (al margen de su

trascendencia) en recoger el contenido de determinados documentos invocados, como la comunicación de 07.02.96 (folio 235), ya parcialmente expuesta en el cuarto de los probados y relativa al incremento salarial con efectos de 01.03.96, nómina de enero de 1996 (folio 180) en la que aparece un plus de convenio de 12.404 pts. y un complemento de carácter personal de 48.237 pts., al igual que en la nómina del mes de febrero (folio 181), no aceptándose, en cambio, la redacción basada en el folio 277, documento del todo inhábil para variar la versión del juez a quo: ni firma, ni sello, ni autoría conocida. Tampoco consta en las nóminas invocadas la inclusión de 32.000 ptas. en concepto de quilometraje. Tampoco hay inconveniente en dar por reproducida –según se interesa- la instrucción nº 13/117, de 11 de marzo de 1999 (folios 278 y 279). Ni en lo referente a la comunicación-propuesta del folio 276, ni que “C.D.” hubiera adquirido el 99,84% (y no el cien por cien) de las acciones de “C.L.” Por último, se rechaza la supresión del 9º de los declarados probados y de parte de la fundamentación jurídica (que también se interesa) de la sentencia de instancia, pues ni se cita documento alguno de apoyo ni se trata de un hecho nuevo o inconexo en una demanda que, precisamente, basa la nulidad del despido en represión empresarial por no haberse adherido el trabajador al protocolo de integración.

QUINTO.- El demandante fue trasladado el 01.09.93 de una sucursal de Vigo a otra de Ourense, con el cargo de director. Como en el nuevo destino no había vehículo a su disposición llegó a un acuerdo con la empresa en cuya virtud se le pasó a abonar una compensación económica por utilizar su propio vehículo, consistente en 32.000 pts. mensuales en concepto de quilometraje más 10.000 pts. mensuales en concepto de garaje; cantidades no incluidas en nómina que cobraba a través de caja previo relleno de un formulario del banco –de informe de gastos-, en el que se hacía constar “suplidos vehículo banco”, no teniendo que justificar quilometraje ni el informe de gastos ratificado por el superior jerárquico (Director de zona). El 11.11.98 la “C.D.” adquirió el 100% (o el 99,84 por ciento) de las acciones de “C.L.E., S.A.” La entidad adquirente pretendió integrar en su plantilla al personal de “C.L.” a través de un protocolo de integración de adhesión voluntaria, lo que motivó un enfrentamiento intersindical y convocatoria de huelga. El 06.04.99 le fue remitida al actor carta ofreciéndole la integración, con la indicación de que si no la aceptaba continuaría prestando servicios en “C.L.E., S.A.”. El 30.04.99 (fecha tope) todos los trabajadores de esta última entidad –salvo el actor y otro que en la actualidad ya no presta servicios- habían firmado su adhesión a la integración en “C.D.” Unos días

antes (20.04.99) el director de zona remitió carta a todos los directores de oficina con el ruego de comunicarle, a vuelta de fax, los gastos fijos que venían cobrando mensualmente en concepto de quilometraje, aparcamiento y garaje, comunicándole el actor ese mismo día que liquida mensualmente en concepto de suplido de vehículo la cantidad de 42.000 pts. El 22.04.99 recibe nuevo comunicado de la administración general, con el visto bueno de la dirección de personal, en el que se le indica que (1) no existe constancia en la dirección de personal de las condiciones contractuales en las que se incorporó a la sucursal de Ourense, (2) ninguna persona puede autorizarse a sí misma los gastos o pagos que realiza sin mediar conformidad de un superior jerárquico, (3) deben justificarse los quilómetros realizados, (4) deberán anularse las contabilizaciones y pagos realizados en los meses de enero, febrero y marzo y (5) se deberán incluir las visitas y desplazamientos realizados y que justifiquen el importe a pagar, con un máximo de 32.000 pts. mensuales y autorización del director de zona.

El 29.04.99 el actor responde: A) las condiciones contratadas con las que me incorporé a la sucursal de Ourense son conocidas por el departamento de personal, sabedor de que vengo cobrando un plus de 42.000 pts. mensuales desde el 01.09.93; B) el plus lo liquidé todos los meses por caja y desde un principio se ha contabilizado en los gastos generales de la sucursal, por necesidades contables y está perfectamente autorizado por la dirección competente, como queda ratificado por escrito que adjunto de mi director de zona, y C) el plus que mensualmente vengo percibiendo no es un gasto, por lo que lo considero correcto, quedando a su disposición para corregir la forma de contabilización, si la actual no se considera correcta. El 30.04.99 el actor reitera por escrito que no desea firmar el protocolo de integración al entender que su contenido vulnera los derechos económicos adquiridos durante 26 años de servicios. El 10.05.99 se realiza una inspección en su sucursal con objeto de verificar aspectos relativos a riesgos crediticios, operativos, contables, fraude y blanqueo de capitales. La inspección duró cinco días. El 13.05.99 se le despide en virtud de carta reproducida en el ordinal 2º del relato histórico de la sentencia de instancia, imputándole transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en relación con el percibo del plus de 42.000 pts. mensuales.

SEXTO.- El juzgador de instancia afirma que las causas invocadas en la carta de despido "no son ciertas", y que la verdadera causa de despido la constituye la negativa del actor a firmar el protocolo de integración en la plantilla de "C.D.", basándose para ello en los siguientes datos: 1º) El plus de quilometraje y aparcamiento (42.000 pts.) cobrado fuera de nómina fue pactado en 1993 –

cuando el actor se incorporó a la sucursal de Ourense, como director- constando debidamente documentado en los informes de gastos, conocidos -y rubricados- por el director de zona; 2º) dicho plus no fue en ningún momento objeto de absorción o compensación; 3º) no es cierto que -como alega la empresa- hubiera duplicidad en el cobro del plus (por caja y por nómina); 4º) el trabajador actuó siempre al respecto con absoluta transparencia; 5º) es a partir del protocolo de adhesión, cuya fecha tope era el 30.04.99, cuando el banco inicia la petición de cuentas al actor acerca del plus, llegando a negar tener conocimiento de las "condiciones en las que el actor fue destinado a Ourense", una vez quedó clara la negativa del trabajador a suscribir el pacto de adhesión, enviándole una Inspección (cuyo resultado no consta) y procediendo a su despido. Así la cosas, comparte la sala la conclusión de instancia, declarando la nulidad del despido en cuando que las imputaciones efectuadas no fueron sino un artificio para resolver el vínculo contractual del único trabajador de la plantilla que, en uso de su legítimo derecho, se negó a adherirse al protocolo de integración en la plantilla de "C.D.", empresa que había adquirido la práctica totalidad del accionariado de "C.L.E., S.A.", conclusión a la que se llega con fundamento en los vehementes indicios de represalia expuestos y en correcta interpretación del art. 55.5 del estatuto de los trabajadores.

SÉPTIMO.- Resta, por último, analizar el motivo dedicado a la responsabilidad solidaria de las empresas codemandadas. Argumentan las recurrentes (con cita de la sentencia del T.S. de 29.11.94) que la adquisición de acciones no propicia por sí misma una sucesión empresarial, ya que no hay tal en la mera compra de las acciones de otra empresa si no ha habido transmisión del conjunto organizado, para fines productivos, de los elementos personales y materiales que configuran la identidad de la empresa; añadiendo que, según la Directiva 98/50 de la CEE de 29.06.98, será empresa cedente la persona física o jurídica que, a causa de un traspaso en el sentido del apartado uno del art. 1, pierda la condición de empresario con respecto a la empresa, el centro de actividad o parte de estos; terminando por interesar -con alguna otra cita de sentencias de tribunales superiores- que se estime la falta de legitimación pasiva de "C.D." en aplicación del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores. Pues bien, la sentencia de instancia no basa la responsabilidad solidaria en la sucesión empresarial (art. 44 del Estatuto de los Trabajadores), sino en la existencia de un "grupo empresarial" constituido por las recurrentes, en el que se dan las notas de "dirección única, apariencia externa de unidad empresarial, confusión de plantillas y confusión de patrimonios", lo que de por si basta para

desestimar el motivo en cuestión, articulado sobre doctrina aplicable a supuestos de sucesión de empresas. Es más, la propia carta de despido se encabeza así: “C.L.E.”, Grupo “C.D.”; aspecto que no tocan las recurrentes. En definitiva y por lo expuesto.

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por “C.L.E., S.A.” y “C.A.S.S.- C.D.” contra la sentencia de 23.07.99 del Juzgado de lo Social nº 1 de Ourense (autos 508/99), que confirmamos en su integridad, condenando a cada una de las recurrentes al abono de 100.000 ptas. en concepto de honorarios del letrado impugnante del recurso. Dese a los depósitos y consignaciones constituidos para recurrir el destino legal.

2914 RECURSO N° 0405/2000

S. S.

**DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE, Ó
MEDIAR PRESCRICIÓN DA FALTA
CONTINUADA DO TRABALLADOR.**

Ponente: Ilma. Sra. Doña Pilar Yebra-Pimentel Vilar

A Coruña, a veintiocho de marzo de dos mil.
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. 0405/00 interpuesto por el letrado don J.V.F. en nombre y representación del “B.E.C., S.A.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº uno de Ourense.

Antecedentes De Hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 701/99 se presentó demanda por don A.C.R., sobre despido, frente al “B.E.C., S.A.”. En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha quince de noviembre de 1999 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 A.C.R., vino prestando servicios para la empresa demandada

“B.E.C., S.A. (B.)” desde el 1 de septiembre de 1975, con la categoría profesional de Administrativo, percibiendo un salario de 345.180.- pts. mensuales, incluida prorrata de pagas extras. **SEGUNDO.-** En fecha 6 de agosto de 1999 le es entregada carta de despido de fecha 28 de julio de 1999, con efectos del día 6 de agosto de 1999, cuyo tenor literal es el siguiente: “Muy señor nuestro: A raíz de la reclamación efectuada por un cliente de la sucursal de..., titular de la cuenta nº..., hemos venido en conocimiento que Vd., sin conocimiento ni autorización del mismo ha venido disponiendo irregularmente de la misma hasta alcanzar un importe de 7.550.000'- pts. Para evitar que la citada irregularidad fuese detectada, Vd., valiéndose de su condición por aquel entonces del director de la oficina, vino manipulando la libreta que con el nº... entregó al citado cliente sin haberla anotado en los registros del banco, haciendo figurar un saldo que no correspondía con el contable, ocultando de esta forma las disposiciones que había efectuado mediante reintegros en los que había falsificado la firma del titular.- El detalle de los citados reintegros es el siguiente: - El 14.10.97 dispuso de 1.800.000.- pts. -El 04.09.97 dispuso de 300.000.- pts. -El 06.02.98 dispuso de 150.000.- pts. -El 04.07.97 dispuso de 5.300.000.- pts. Conducta ésta que tiene reconocida por escrito de 23 de julio del actual, y que es constitutiva de una transgresión de la buena fe contractual y de un abuso de confianza, tipificada en el artículo 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores, así como de una falta muy grave por transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza, según el artículo 50.1º del Convenio Colectivo para la banca privada, por lo que, a tenor del artículo 51 de ese mismo texto, se ha acordado sancionarle con despido, causando baja en la plantilla del banco, al finalizar la jornada del día 6 de agosto, teniendo a su disposición la liquidación de haberes que corresponda.- Sírvase firmar en el retiré del duplicado de la presente carta”. **TERCERO.-** El actor vino prestando servicios desde febrero de 1986 como director de la oficina que el banco demandado tiene en..., perteneciente a la zona de Xinzo de Limia. Como consecuencia de una serie de irregularidades detectadas en la oficina donde venía prestando servicios, se realizó una inspección en el banco que dio lugar a la elaboración de un informe en fecha 8 de junio de 1998, por auditoría interna, cuyo contenido, por constar en autos, se da por reproducido, habiéndose imputado al actor el haber simulado ante cinco clientes que percibían intereses superiores al que generaban realmente sus depósitos a plazo mediante abonos ficticios, retribuyéndolos para ello la diferencia entre lo liquidado por C.P.A., y lo prometido con cargo al saldo de citados depósitos y abono a la cuenta