

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. Dése a los depósitos y consignaciones constituidos para recurrir el destino legal.

## 2914 RECURSO Nº 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 vinteiocho 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 prorratea 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

asociada, operación que desconocían los clientes, y a que sólo se anotaran las partidas acreedoras en las libretas, omitiendo las anotaciones deudoras y concesión de créditos a familiares en beneficio propio. A consecuencia de dichas irregularidades fue sancionado por el banco demandado con rebaja de categoría, asignándole la categoría administrativo nivel 9, siendo trasladado a la sucursal de Viana do Bolo, circunstancia que le fue comunicada mediante carta de fecha 15 de julio de 1998. CUARTO.- En mayo de este año, el titular de la cuenta... vino al banco –sucursal de...- a solicitar la retirada de dinero y como era mucha cantidad le dijo el director actual, don A.S.C., que volviera al cabo de tres días, entregándose ese día lo solicitado y como tenía otra cuenta pendiente le dijo que iba a venir a poner al día la libreta, viniendo su hijo al cabo de unos veinte días, comprobando entonces que se habían cometido las irregularidades señaladas en la carta de despido. El director habló con el actor para solucionar el tema y como no lo pudo solucionar, puso, sobre el 15 de julio de 1999, los hechos en conocimiento del director de zona, el que después de comprobar la realidad de las citadas irregularidades, y de que el saldo de la citada cuenta era 0, puso los hechos en conocimiento del jefe de personal en Galicia de “B.”, don C.G.L. El actor el día 23 por medio de carta manuscrita, cuyo contenido por obrar en autos se da por reproducida, se responsabilizó de las cantidades sustraídas de la cuenta..., reconociendo él que las firmas que aparecen en los reintegros no corresponden a su titular, y afirmó el no haber tomado dinero para uso propio. El actor entregó al banco la cantidad de 2.000.000.- pts. QUINTO.- El actor no ostenta ni ha ostentado durante el último año cargo representativo de los trabajadores. El actor está afiliado al Sindicato Unión General de Trabajadores, hecho que no comunicó al banco demandado. SEXTO.- En fecha 8 de septiembre de 1999 se celebró acta de conciliación ante el S.M.A.C., con resultado “Sin Avenencia”, presentando demanda el actor ante el Juzgado de lo Social Decano el 10 de septiembre de 1999”. TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO. Que estimando la demanda formulada por don A.C.R. contra el “B.E.C., S.A.” (B.), debo declarar y declaro IMPROCEDENTE el despido del actor, condenando al banco demandado a que en plazo de cinco días opte entre readmitirlo en su puesto de trabajo en iguales condiciones que antes del despido, o le abone una indemnización de DOCE MILLONES TRESCIENTAS OCHENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTAS TRES PESETAS (12.385.403'- pts.) con abono en cualquier caso de los salarios de tramitación desde la fecha del

despido hasta la de notificación de la presente sentencia. Notifíquese... etc.”.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandada, 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 demandada, “B.E.C., S.A.”, recurre en suplicación ante esta sala la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Ourense de 15.11.99, dictada en los autos nº 701/99, que ha calificado como improcedente el despido del actor. Pronunciamiento que el juzgado sustenta en la prescripción de la falta cometida, por estimar que debe fijarse el “dies a quo” del plazo prescriptivo, el día 15 de julio de 1998 (fecha en que dejó de prestar servicios como director en la sucursal de... y se incorporó a la sucursal de...). Y al haber notificado el banco al actor la sanción de despido el día 6 de agosto de 1999, mediante carta de fecha 28 de julio de 1999, no cabe duda de que ha transcurrido el plazo de prescripción larga de seis meses, por lo que las faltas aquí imputadas al actor están prescritas y por ello estimó su demanda y declaró su despido como improcedente, llevando aparejadas como consecuencias jurídicas las previstas en el art. 56 del Estatuto de los Trabajadores. Y el recurso interpuesto pretende cambiar esta decisión por otra que, desestimando la excepción de prescripción, declare la procedencia del despido, y, en consecuencia, la desestimación de la demanda, para lo que articula un único motivo, recurso que ha sido impugnado por el demandante.

SEGUNDO.- Se denuncia, como único motivo del recurso y al amparo de la letra c) del art. 191 de la Ley Procesal Laboral, infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia, por estimar que la sentencia recurrida contiene una interpretación y aplicación incorrecta de la jurisprudencia aplicable al caso, por cuanto estima la prescripción de la falta cometida por el actor, pese a haber quedado acreditado que los hechos recogidos en la carta de despido son ciertos, que el banco tuvo conocimiento de los hechos el 15.07.99 y que la sanción se produjo el 06.08.99. Pues la propia sentencia en el hecho declarado probado cuarto, indica que la empresa tuvo conocimiento de las irregularidades el día 15.07.99, por tanto y de conformidad con consolidada jurisprudencia, ésta es la fecha a partir de la cual se debe iniciar el plazo de prescripción (el 15.07.99) porque es en esta fecha cuando los hechos son conocidos por el órgano con capacidad sancionadora en el banco: recursos humanos; invocando en este sentido sentencia del T.S. de 12.06.96, en casación para unificación de

doctrina, y sentencia del T.S.J. de Aragón de 08.02.99. Y ello por cuanto que, dada la naturaleza de la irregularidad cometida por el actor, impide que ésta sea detectable por nadie, salvo cuando el portador de la libreta falsa lo pone en conocimiento de la entidad.

TERCERO.- Que el análisis de la censura jurídica que se denuncia, impone la necesidad de examinar nuevamente la concurrencia o no de la excepción de prescripción invocada por el actor, al amparo del art. 60.2 del Estatuto de los Trabajadores. En tal sentido, el juzgador de instancia estima que el “dies a quo” para el cómputo del plazo de prescripción ha de fijarse el día 15 de julio de 1.998 (fecha en que dejó de prestar servicios como director en la sucursal de... y se incorpora a la sucursal de...) y al sancionar el banco al demandante con la sanción de despido el día 06.08.99, mediante carta de despido de fecha 28.07.99, ha transcurrido el plazo de prescripción larga de seis meses, por lo que las faltas aquí imputadas al actor estarían prescritas, y por ello estimó su demanda y declaró la improcedencia del despido. Y tal argumentación se comparte por la sala, y por ello el motivo no debe prosperar, con fundamento en las siguientes consideraciones:

1.- Que como ya señaló la sentencia de esta sala de 27.10.93 (recurso nº 3.760/97) y la de 10.11.97 (recurso 3.936/97), en la regulación de la prescripción (art. 60.2 del E.T.) se suele distinguir un plazo de 60 días para las faltas muy graves – denominado de prescripción corta- contados desde la fecha en que el empresario, o quien tenga la potestad de sancionar, tuvo conocimiento de la comisión de las faltas, y otro, de seis meses, denominado de prescripción larga, contados desde la fecha en que se haya cometido la falta, haya o no tenido el empresario conocimiento de su comisión. Pero la dificultad surge para fijar el “dies a quo” o comienzo del cómputo de la prescripción larga, cuando se trata de lo que jurídicamente se conoce como una “conducta continuada”, esto es, constituida por una pluralidad de acciones prolongadas en el tiempo, que obedecen a una unidad de propósito y que vulneran bienes jurídicos de la misma o análoga naturaleza. La regla general en estos casos es la de atender al último incumplimiento (sentencia del T.S. 05.06.90, Ar. 5.465). Que, por otro lado y según reiterada jurisprudencia (sentencia del T.S. de 15.09.98, Ar. 3.243, y 25.01.96, Ar. 199 y de 26.11.95 y 22.05.96), si bien es cierto que “la fecha en que se inicia el plazo de prescripción establecido en el art. 60.2 del E.T. no es aquélla en la que la empresa tiene un conocimiento superficial, genérico o indiciario de las faltas, sino que, cuando la naturaleza de los hechos lo requiera, ésta se debe fijar en el día en que la empresa tenga un conocimiento cabal, pleno y exacto de los mismos”. Y que “...si concurre un

elemento de ocultación que, en cuanto obstativo del normal ejercicio de las facultades disciplinarias, ha sido valorado para sostener la persistencia en el tiempo de la falta cometida, entonces, el cómputo no se inicia hasta que se dan las condiciones normales para su conocimiento por la empresa...”. Ahora bien, y sigue diciendo la sentencia de esta sala de 10.11.97, que cuando se trata de operaciones fraudulentas que comportan un ingrediente básico de clandestinidad – frecuentes en las entidades financieras- como el propio carácter subrepticio y furtivo de la conducta, implica la necesidad de una investigación para obtener una información cabal de las supuestas irregularidades, es por lo que la jurisprudencia ha declarado que la persistencia y la continuidad en el tiempo de los efectos de las faltas cometidas debe evitar el transcurso del plazo prescriptivo, hasta que se obtenga el conocimiento pleno, que normalmente vendrá dado por el resultado de la investigación practicada (S.T.S.J. Galicia de 26.06.91, Rec. nº 2.542/91). Se reafirma la línea jurisprudencial (por todas, sentencia del T.S. de 21.09.87) expresiva de que la ocultación maliciosa del hecho implica la persistencia de la conducta, pues en otro caso se beneficiaría al infractor, confirmándose así la tesis de que en tales supuestos se retrasa el comienzo del cómputo del plazo prescriptivo, como pone de relieve la sentencia del T.S. de 04.02.91, Ar. 795. Este elemento de ocultación maliciosa cobra especial relieve cuando esas condiciones normales para el conocimiento por la empresa dependen del mismo infractor, en cuyo caso, afirma el mismo T.S. (S. de 27.01.90, Ar. 224) estamos ante una acción permanente que no adquiere carácter definitivo, es decir, de plena ejecución, sino cuando cesa la posibilidad de tenerla encubierta por quien la está cometiendo, pues en su persona concurre, en cierta medida, el autor de la falta y el encargado de que no se cometa...”. 2.- Y en el presente caso, la aplicación de la anterior doctrina lleva a la Sala a la conclusión de que procede acoger la excepción de prescripción (como ha acogido el juzgador de instancia) y ello por cuanto que, desde el momento en que el actor dejó de prestar servicios como director en la sucursal de..., el 15 de julio de 1998, cesó la posibilidad de tener por encubierta cualquier infracción cometida con anterioridad (los hechos imputados se cometieron en 1997, en julio, septiembre y octubre de 1997 y hasta febrero de 1998), al no coincidir ya en su persona el autor de la falta y el encargado de que no se cometa, y por ello en esa fecha debe situarse el inicio del plazo prescriptivo, al darse las condiciones normales para su conocimiento por la empresa y al cesar la posibilidad de tener por encubierta su primitiva acción, pues también, como director de la oficina, debía encontrarse sometido a los controles normales existentes en la

misma. Y a ello debemos añadir que en la auditoría practicada en junio de 1998 se detectan las irregularidades cometidas por el actor y que ante las faltas descubiertas por la inspección el actor es sancionado con rebaja de categoría; faltas que, junto con las invocadas en la carta de 28.07.99, obedecen a un mismo propósito (manipulación de cuentas de clientes). Y de hecho, las faltas imputadas en esta última carta se refieren a un período anterior a la fecha del informe de la auditoría de junio de 1998, período de junio a octubre de 1997 y a febrero de 1998. Que, por otro lado, es de señalar que ante las irregularidades detectadas por la Inspección no podía en modo alguno descartarse la existencia de otras, siendo de señalar que el banco, como acertadamente razona el juzgador “a quo”, pudo haber llevado a cabo una comprobación, cliente por cliente, de todos los saldos de la oficina, cosa que pudo realizar y no hizo. Que en el caso enjuiciado en los autos la entidad demandada tuvo conocimiento de las irregularidades llevadas a cabo en la sucursal de..., en junio de 1998, cuando se realizó el informe de la auditoría, y las faltas que dieron lugar a la carta de despido en julio de 1999 consistían, al igual que las detectadas en la auditoría de junio de 1998, en definitiva, en manipulación de cuentas de clientes. Por lo que la sala estima que, dado que tuvo conocimiento de las irregularidades llevadas a cabo en la sucursal en junio de 1998, pudo el banco haber iniciado una investigación completa, a fin de estudiar de forma completa los hechos acaecidos en la sucursal y, en lugar de ello, se limitó a preguntarle al actor si había más irregularidades que las detectadas en la auditoría. Cuando, como se ha expuesto, se estima que debió de analizar pormenorizadamente la actividad de la sucursal, máxime cuando también el informe de la auditoría señalaba el nulo control establecido por parte del interventor, y, por último, también es de señalar que los resguardos de los reintegros se quedan en la caja del banco y en el caso de autos el actor que dispuso de las cantidades reflejadas en la carta de despido, falsificando la firma del titular de la cuenta en los reintegros, lo cual quedó reflejado en la contabilidad del banco (y no se reflejó en la libreta que tenía el titular en su poder), los resguardos de los reintegros quedaron depositados en la caja del banco por lo que si el banco (cuando cesa el actor como director de la sucursal) hubiera procedido a una comprobación, lo hubiera podido detectar. Que siendo hecho incombustible que el demandante cesó como director de la oficina en julio de 1998, pasando a la sucursal de..., momento en el que obviamente ha perdido el control de toda posible ocultación. Que, además, la sucursal fue auditada en julio de 1998, detectándose otros hechos distintos de las faltas imputadas en la carta de despido; faltas

éstas últimas que abarcan períodos del 4 de junio de 1997 a febrero de 1998, fechas en las que el actor era director de la sucursal, y tras la auditoría practicada se detectaron irregularidades que obedecen a un mismo propósito que las irregularidades imputadas en la carta de despido y en julio de 1998 se le traslada de sucursal y se le sanciona con rebaja de categoría. Por lo que se estima que a partir de esa fecha –el 15.07.98– se inicia el “dies a quo”, pero el cómputo del plazo de prescripción larga de 6 meses. Y la entidad demandada a partir de esa fecha en que cesa la posibilidad de ocultación pudo haber realizado una comprobación exhaustiva de la actividad de la sucursal y no lo hizo, y además estaban los resguardos de reintegros de las disposiciones efectuadas en todo momento en poder de la entidad. Por ello, y estimándose el día inicial del plazo prescriptivo el 15.07.98, al haber despedido el banco al actor el 06.08.99 por carta de fecha 28.07.99, es obvio que ha transcurrido el plazo de seis meses de prescripción larga, por lo que las faltas están prescritas. procede, por ello, desestimar el recurso y confirmar integrante el fallo impugnado.

#### Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación formulado por el “B.E.C., S.A.” contra la sentencia de fecha quince de noviembre de 1999, dictada por el Juzgado de lo Social nº uno de los de Ourense en autos instados por don A.C.R. frente a la entidad financiera recurrente, sobre despido, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la resolución recurrida. Dése al depósito constituido el destino legal y manténgase el aval hasta el cumplimiento de la sentencia. Se condena a la demandada, “B.E.C., S.A.”, en costas, debiendo abonar en concepto de honorarios de la parte recurrida la cantidad de veinticinco mil (25.000.-) pesetas.

### 2915 RECURSO Nº 0701/00

S. S.

INEXISTENCIA DE CONDUCTA ANTISINDICAL DA EMPRESA, EN RELACIÓN COA PROMOCIÓN DE ELECCIÓN A REPRESENTANTES LEGAIS DOS TRABALLADORES.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Elías López Paz

A Coruña, a veintinueve 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 rollo nº 0701/00, comprensivo de recursos de suplicación respectivamente interpuestos por la letrada doña C.G.L., en nombre y representación de la Confederación Intersindical Galega (C.I.G.), y por el letrado don F.A.P., en nombre y representación de la empresa “G., S.L.”, contra sentencia del Juzgado de lo Social nº uno de los de A Coruña.

**Antecedentes De Hecho**

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 850/99 se presentó demanda por la Confederación Intersindical Galega (C.I.G.), sobre tutela de derechos de libertad sindical, frente a la empresa “G., S.L.”. En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha once 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 con fecha 19 de julio de 1999 se presentó en la oficina pública de registro por el Sindicato U.G.T. preaviso de elecciones sindicales en la empresa demandada “G., S.L.”, a la que le correspondió el nº 3.124 y la fecha referente al inicio del proceso para el día 19.08.99. 2º) Que personados los agentes del sindicato C.I.G., la empresa se negó a constituir la mesa electoral. 3º) Que el Sindicato demandante presentó su candidatura, compuesta por el trabajador don J.M.G.C., quien ostentaba una antigüedad en la empresa superior a los seis meses. Dicho candidato fue despedido por la empresa demandada con efectos del 30 de septiembre de 1999, al finalizar el período vacacional del que venía disfrutando del 30.08.99 al 21.09.99, carta que le fue remitida al trabajador en fecha 15.09.99. Que dicho despido finalizó con avenencia ante el SMAC, reconociendo la empresa demandada la “improcedencia” del despido. 4º) Que en fecha 24 de septiembre de 1999 el Sindicato demandante presentó denuncia ante la inspección de trabajo, quien, tras visitar el centro, levantó acta en la que se constataba, entre otros extremos, que no se llevó a cabo el proceso electoral, constatando asimismo dicha acta la inexistencia del censo electoral; acta que obra unida a la causa y cuyo contenido se da por reproducido y en la que se prohíbe a la empresa cualquier inherencia en el proceso electoral. 5º) Que la empresa demandada tiene doce trabajadores. 6º) Que en la actualidad, con fecha 4 de noviembre de 1999, se ha iniciado un nuevo

proceso electoral, promovido por la “Unión General de Trabajadores”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO. Que estimando en parte la demanda interpuesta por la representación de la CONFEDERACIÓN

INTERSINDICAL GALEGA (C.I.G.), contra la empresa “G., S.L.”, debo declarar y declaro la existencia de vulneración sindical, condenando a dicha demandada, previa declaración de nulidad radical de la conducta de la empresa, al cese inmediato de su comportamiento antisindical, reponiendo su situación al momento anterior a tal vulneración con absolución de dicha demandada de los pedimentos contenidos en la demanda. Notifíquese... etc.”. En 27.11.99 se dictó auto cuya parte dispositiva, literalmente, dice: “Que debo aclarar la sentencia dictada en las presentes actuaciones, cuyo fallo quedará redactado del siguiente tenor: “Que estimando en parte la demanda interpuesta por la representación de la Confederación Intersindical Galega (C.I.G.), interpuesta por la representación de la Confederación Intersindical Galega (C.I.G.), contra la empresa “G., S.L.”, debo declarar y declaro la existencia de vulneración sindical, condenando a dicha demandada, previa declaración de nulidad radical de la conducta de la empresa, al cese inmediato de su comportamiento antisindical, reponiendo su situación al momento anterior a tal vulneración, con absolución de dicha demandada de los restantes pedimentos contenidos en la demanda”.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por ambas partes, respectivamente impugnados. Elevados los autos a este tribunal, se dispuso el paso de los mismos al ponente.

**Fundamentos De Derecho**

PRIMERO.- La sentencia de instancia estimó parcialmente la demanda deducida por la *Confederación Intersindical Galega (C.I.G.)* contra la empresa “G., S.L.”, declarando la existencia de vulneración sindical y condenando a la citada empresa al cese inmediato de su comportamiento antisindical y absolviéndola en cuanto a la indemnización por daños y perjuicios causados al Sindicato demandante, que calculaba en un millón de pesetas. Este pronunciamiento se impugna por ambas partes litigantes, articulando sus respectivos recursos del modo que se expone en los siguientes fundamentos.

SEGUNDO.- Con amparo en el apartado c) del artículo 191 de la Ley Procesal Laboral, solicita la representación letrada de la empresa recurrente la sustitución del hecho probado quinto de la sentencia recurrida por uno nuevo que tendría la siguiente redacción: “La empresa demandada,

“G., S.L.”, tiene dos centros de trabajo independientes que, aunque se encuentren localizados en el mismo lugar, son físicamente independientes y se dedican a actividades distintas: uno de ellos a la producción de plantas y flores y otro a la realización de trabajos de jardinería para terceros. Ninguno de dichos centros supera la cifra de 10 trabajadores. Ambos centros de trabajo tienen una organización específica y diferenciada, con espacios físicos independientes en el recinto de la empresa, maquinaria y utillaje diferente, así como trabajadores de distinta cualificación en función de la distinta actividad que se realiza en cada centro de trabajo. Igualmente, cada centro de trabajo es independiente ante la autoridad laboral. Así, tienen diferente alta como centros de trabajo, los convenios colectivos de ambas actividades son diferentes, los libros de matrícula y personal son distintos, así como los TC1 y TC2. También cada centro tiene una cuenta de cotización a la Seguridad Social diferente. Por último, el Impuesto de Actividades Económicas de ambos centros se encuadra en epígrafes diferentes”. El motivo no puede ser acogido por dos razones fundamentales: De un lado, porque el recurrente se acoge indebidamente al cauce previsto en el apartado c) del artículo 191 de la Ley Procesal Laboral para instar una revisión de hechos probados cuando dicho cauce es el previsto legalmente para el examen del derecho aplicado por la sentencia que se impugna. Por otra parte, incluso pasando por alto este defecto formal, es de significar que la documental en que se apoya la revisión interesada no se cita en este motivo de recurso sino en otro destinado al examen de las infracciones jurídicas y, en cualquier caso, debe recordarse a este respecto que corresponde al juzgador de instancia formar su convicción acerca de los hechos que estime probados, con extraordinaria amplitud de criterio, valorando todos los elementos de convicción aportados al proceso con arreglo a su sana crítica, según dispone el artículo 97.2 de la Ley Procesal Laboral, y en el presente caso, y tal como se razona en la fundamentación jurídica de la sentencia, la convicción se formó valorando no sólo la prueba documental, sino también el testimonio prestado por testigos (fundamento segundo “in fine”), no apreciándose error en la valoración probatoria, por lo que no cabe acoger este motivo del recurso. Y tampoco puede acogerse la supresión del hecho probado tercero de la sentencia, que se interesa en el cuarto motivo del recurso, por las mismas razones antes señaladas: Se invoca equivocadamente el cauce revisor y en autos obra documental de que el despido del trabajador J.M.G.C. se produjo, constando la demanda de conciliación (folios 73 al 75) y acta de conciliación ante el S.M.A.C. (folio 76).

TERCERO.- La empresa recurrente, alterando el orden jurídico legalmente establecido para la suplicación en el artículo 191 de la Ley Procesal Laboral, dedica el primero y el segundo de los motivos del recurso a denunciar la infracción de normas sustantivas, errando, de nuevo, en el amparo procesal, al citar indebidamente el cauce del apartado b) del artículo 191 de la L.P.L., denunciando infracción de los artículos 2 y 4 del Real Decreto 1.844/94. Argumenta la representación procesal de la empresa recurrente que se omitió la comunicación a la empresa del preaviso electoral, tal como exigen los citados preceptos legales, y que sin dicha comunicación el proceso electoral carece de validez, por lo que no se produjo vulneración del derecho a la libertad sindical. Alegándose, igualmente, que la prueba de la notificación del preaviso correspondía a la parte actora, como comprendida dentro de la carga de probar el supuesto de hecho determinante de la vulneración de la libertad sindical, a partir del cual se produciría la inversión de la carga de la prueba que rige en este tipo de procesos. El análisis del anterior motivo de recurso, pasando igualmente por alto el defecto formal de citar incorrectamente el cauce dedicado al examen del derecho, lleva a la sala a la estimación del mismo, por cuanto en autos no consta que a la empresa demandada se le hubiese efectuado, por ningún medio válido y eficaz, la comunicación del preaviso electoral, constituyendo dicha comunicación un requisito indispensable para la validez del proceso electoral. En efecto, el artículo 2.1 del Real Decreto 1.844/94 establece la obligatoriedad de los promotores de comunicar, tanto a la oficina pública dependiente de la autoridad laboral, como a la empresa afectada, el propósito de celebrar elecciones, fijando un plazo mínimo de, al menos, un mes de antelación al inicio del proceso electoral; y el incumplimiento de este requisito, al que se refiere también el artículo 67.1 del Estatuto de los Trabajadores, determina la falta de validez del correspondiente proceso electoral; no constando tampoco que la falta de comunicación se hubiese suplido del modo previsto en el artículo 4 del Real Decreto anteriormente citado, esto es, por medio del traslado a la empresa de una copia de la comunicación presentada en la oficina pública. Además de la razón expuesta, la sala, analizando y valorando todas las circunstancias concurrentes en el presente caso, alcanza la conclusión que no se dio una conducta antisindical por parte de la empresa y ello en base a las siguientes consideraciones: 1º) Porque la negativa de la empresa a constituir la mesa electoral cuando se personaron en la sede de la misma agentes sindicales, no constituye una negativa infundada y radical, arbitraria y caprichosa de oposición a celebrar el proceso electoral, sino que aduce que tiene dos centros de

trabajo diferentes, que son físicamente independientes, que se dedican a actividades distintas y que solamente acumulando los trabajadores de las dos empresas se alcanzaría el número de trabajadores legalmente establecido en el artículo 62 del Estatuto de los Trabajadores para poder celebrar elecciones sindicales. Es decir, que la oposición de la empresa a los deseos sindicales contaba con razones jurídicas fundadas y serias para no tener que constituir la mesa electoral. 2º) En cuanto al despido del trabajador que se iba a presentar a las elecciones como candidato del sindicato demandante, tampoco se observa en tal circunstancia vulneración del derecho a la libertad sindical, debido a las circunstancias que prosiguieron al cese. Y es que el despido fue conciliado por las partes en el S.M.A.C. como improcedente, percibiendo el trabajador la indemnización convenida, y sin que por éste se hubiese alegado que dicho despido se hubiese producido con lesión o vulneración de derecho fundamental alguno. En cualquier caso, todas las cuestiones relacionadas con el cese dieron lugar a otras actuaciones y, fuera de la calificación como tal despido improcedente, ninguna connotación de otro matiz puede ser traída a esta “litis”.

3ª) Por último, difícilmente se puede calificar de antisindical y obstructiva al proceso electoral la conducta de la empresa, cuando ante la denuncia formulada por el sindicato demandante en la Inspección Provincial de Trabajo, decide celebrar las elecciones atendiendo el requerimiento efectuado por dicha inspección, efectuándose en forma el correspondiente preaviso de elecciones. En resumen, no se observan injerencias infundadas de la patronal en el proceso electoral, no constando una privación injustificada por parte de la empresa de los derechos que la Constitución reconoce a los trabajadores.

CUARTO.- La estimación del recurso de la empresa, por no constar un comportamiento antisindical de la misma, hace innecesario analizar el recurso de suplicación planteado por el sindicato demandante, que reclamaba una indemnización para reparar las consecuencias derivadas del supuesto acto lesivo antisindical de la patronal; y al declararse que dicho acto lesivo no se dio, nada hay que reparar, procediendo la desestimación del citado recurso.

En consecuencia, procede la estimación del recurso de la empresa, con devolución del depósito constituido para recurrir, la desestimación de la pretensión deducida en la demanda y del recurso del sindicato demandante y todo ello con revocación de la sentencia de instancia.

## Fallamos

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la empresa “G., S.L.”, y desestimando el formulado por el sindicato *CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA*, contra la sentencia de fecha once de noviembre de 1999, dictada por el Juzgado de lo Social nº uno de los de la Coruña en proceso sobre tutela de derechos de libertad sindical, promovido por el citado Sindicato (C.I.G.) contra la mencionada empresa (“G., S.L.”), y con desestimación de la pretensión deducida en la demanda y revocación de la sentencia recurrida, debemos declarar y declaramos la no existencia de la vulneración del derecho de libertad sindical denunciada, con devolución a la empresa del depósito constituido para recurrir.

## 2916 RECURSO Nº 5.327/99

S. S.

MOBILIDADE FUNCIONAL ACORDADA  
COA EMPRESA, SEN QUE MEDIE VICIO  
NINGÚN DO CONSENTIMENTO.

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

A Coruña, a treinta 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. 5.327/99 interpuesto por Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de Santiago de Compostela.

## Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais en reclamación de otros extremos siendo demandado “TVG., S.A.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 260/99 sentencia con fecha seis de octubre 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.- La Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de La Coruña levantó acta de infracción bajo el número 618/98, fechada el 6 de mayo de 1998, fechada el 6 de mayo de 1998, en cuya virtud se ponía de manifiesto que, realizada visita inspectora a la empresa “TVG., S.A” los días 24 y 30 de marzo y 3 de abril de 1998, se constató que la misma había destinado a categorías superiores dentro del mismo grupo profesional a los trabajadores que relaciona durante un período de tiempo superior a nueve meses consecutivos y sin aplicación del carácter rotatorio, con vulneración de lo establecido en el art. 37.1 del convenio colectivo de la empresa y excediendo las condiciones previstas en el art. 39 del E.T., de manera que, concluye, se produce una modificación sustancial de las condiciones de trabajo encuadrada en el art. 41.1.f) del E.T./ Segundo.- Efectuadas las correspondientes alegaciones por parte de la empresa en fecha 28 de mayo de 1998, con las que adjuntaba una serie de escritos fechados el 4 de mayo de 1998 a cuyo tenor los trabajadores afectados manifestaban que “aceptaron siempre voluntariamente y de acuerdo con la empresa la movilidad ascendente mientras ésta la consideró o considere necesario”, el 19 de octubre de 1998 se dictó resolución por la Delegación Provincial de la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais de la Xunta de Galicia, que imponía una sanción de 250.000 ptas. a la empresa demandada./ Tercero.- Presentado recurso ordinario por dicha sociedad, se dictó resolución el 3 de febrero de 1999 acordándose la nulidad de la resolución de 19 de octubre de 1998, retrotrayéndose las actuaciones al momento inmediatamente posterior a la formulación de alegaciones por parte de la empresa recurrente./ Cuarto.- Que los trabajadores afectados por el cambio funcional ascendente referido fueron informados por la empresa demandada de su producción, mostrándose de acuerdo de forma verbal con el mismo, acuerdo que se plasmó con posterioridad en los documentos ya expuestos de fecha 4 de mayo de 1998.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que desestimando como desestimo la demanda formulada por la Consellería de Xustiza Interior e Relacións Laborais de la Xunta de Galicia contra la empresa “TVG., S.A”, debo absolver y absuelvo a la demandada de todas las pretensiones deducidas en su contra en este procedimiento.”

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

## Fundamentos de derecho

ÚNICO.- En su recurso frente a la sentencia de instancia, que desestimó demanda de oficio sobre indebida modificación sustancial de condiciones de trabajo, la consellería –legitimada para ello: ATS 5-noviembre-1998 Ar. 9.540 y doctrina que en el mismo se cita– solicita la revisión de los HDP y denuncia la infracción del art. 148.2 LPL.

1.- La revisión fáctica va dirigida a hacer constar que “Las actuaciones de la Inspección de Trabajo se iniciaron el 24.03.98, por medio de visita al centro de trabajo. Las visitas se repitieron en fechas 30/3 y 03.04.98”. Con independencia –lo adelantamos– de su definitiva intranscendencia, se acepta la variación de los hechos, por cuanto que así lo acredita la copia del acta que figura incorporada a autos.

2.- El apartado de examen del derecho impone precisar que la demanda de oficio se tramita por alegada infracción del art. 39 ET –tal como ya indicamos, por modificación sustancial de condiciones de trabajo–, que la sentencia recurrida desestima por considerar que los trabajadores afectados prestaron ya de inicio conformidad verbal al cambio de funciones y que tal acuerdo se plasmó posteriormente en escritos de 4-mayo-98, presentados en trámite de alegaciones por la empresa. Así las cosas, la desestimación del recurso y confirmación de la sentencia se impone por dos razones: (a).- En primer término, porque si el recurso –por necesidad– ha de denunciar infracción orientada a modificar la parte dispositiva, ciertamente que la norma a citar debiera haber sido –fundamentalmente– el art. 39 ET, relativo a la movilidad funcional y a sus límites, que es precisamente el precepto que la autoridad laboral considera conculcado en su escrito con valor de demanda; y no, como el recurso hace, limitarse al art. 148.2 LPL, que por contemplar los requisitos de los acuerdos –trabajadores-Empresa– posteriores al acta de infracción, sería meramente instrumental –acreditativo– en la pretendida vulneración de aquel precepto. (b).- En segundo lugar, porque la modificación fáctica –aceptada– en nada altera la corrección del razonamiento judicial, pues si el cambio de funciones extramuros del art. 39 ET requiere para su validez –apartado quinto– el “acuerdo de las partes” o el sometimiento a las reglas previstas, legal o convencionalmente, la circunstancia de que los trabajadores afectados hubiese prestado conformidad, siquiera de palabra, a la novación funcional en el fecha en que fue adoptada (inmodificado ordinal cuarto de los HDP; y con el mismo valor fáctico –con mayor precisión de detalles–, el segundo de los fundamentos de derecho), legitima absolutamente la medida de la empresa, resultando del todo inaplicable a autos el art. 148.2 de la LPL que se denuncia infringido,



siendo así que los escritos de fecha 4-mayo-98 – efectivamente posteriores al acta de infracción– en manera alguna explicitan acuerdo alguno entre empresa y trabajadores obtenido en la fecha en que se redactan, sino que simplemente documentan el previo acuerdo anterior y coetáneo a la movilidad acordada, con inequívoca literalidad: “aceptó siempre voluntariamente y de acuerdo con la empresa”. Y dado que el art. 39.5 ET no requiere la forma *ad solemnitatem* alguna para la obtención del acuerdo y que no media indicio de que éste hubiese sido obtenido con defecto –error, dolo, violencia e intimidación– que vicié de nulidad el consentimiento (art. 1.265 CC), la movilidad funcional objeto de enjuiciamiento no puede calificarse de unilateral e ilegítima decisión de la empresa. Por ello,

#### Fallamos

Que con desestimación del recurso interpuesto por la XUNTA DE GALICIA, confirmamos la sentencia que con fecha 6-octubre-1999 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº dos de los de Santiago de Compostela, y por la que se rechazó la demanda de oficio formulada y se absolvió a “TVG., S.A.”.

### 2917 RECURSO Nº 966/00

S. S.

INEXISTENCIA DE TRANSGRESIÓN DA BOA FE CONTRACTUAL, DETERMINANTE DA IMPROCEDENCIA DO DESPEDIMENTO DECRETADO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Luis Martínez López

A Coruña, a treinta y uno 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. 966/00 interpuesto por don H.L.C. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Pontevedra.

#### Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 834/99 se presentó demanda por don H.L.C. en reclamación de despido siendo demandado “P.F.A., S.L.” en su día se celebró acto de vista,

habiéndose dictado sentencia con fecha 18 de enero de 2000 por el juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “I.- D.H.L.C., mayor de edad, D.N.I..., fue contratado a 13.04.95 por la empresa “P.F.A., S.L.”, dedicada al servicio de ambulancia y de prestación de servicios fúnebres, prestando servicios, al momento del despido, con categoría profesional de conductor de ambulancias y una retribución de 108.571 pts mensuales, sin incluir prorrateo de pagas extraordinarias. No ostenta ni ha ostentado, en el año último, la condición de delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical. Tampoco consta su afiliación a sindicato./II.- Con fecha 31.05.199(sic) la empresa le notificó al trabajador la siguiente carta de despido disciplinario “Muy Sr. Nuestro: La dirección de esta empresa le comunica, por medio de la presente, que ha tomado la decisión de rescindir su contrato de trabajo procediendo a su despido disciplinario. Los hechos y motivos que fundamentan esta decisión empresarial son los siguientes: el pasado día 29 de mayo se negó a llevar a 3 pacientes a diálisis al Hospital Provincial de Pontevedra y a “M.”, incumpliendo órdenes directas de su superior y originando un grave per(sic) una demanda judicial en reclamación de abono de horas extraordinarias, en cuantía de juicio al funcionamiento normal de la empresa. Tales hechos entiende esta empresa que constituyen un incumplimiento contractual grave y culpable por su parte, tipificado y contemplado como justa causa del despido que se le comunica en el artículo 54 del TRET. El despido que se le comunica surtirá plenos efectos a partir de la fecha del presente escrito. Tiene a su disposición la liquidación de saldo y finiquito de los haberes devengados hasta la fecha.”./ III.- Presentada conciliación previa administrativa, se celebra a 17.06.99 con resultado de avenencia, acordándose la readmisión a la mañana del día siguiente./ IV.- La empresa dispone de una flota de ambulancias y, desde el día de la readmisión, se le asigna al trabajador la de matrícula PO-...-AD, un vehículo de 10 años de antigüedad, que supera la Inspección Técnica de Vehículos. No obstante, es el peor vehículo de la empresa. Resultó indemostrado que tuviera estropeado el marcador de gasoil./ V.- A 09.07.99 el trabajador interpuso denuncia ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social porque la empresa “vino cotizando hasta junio 1998 por un convenio colectivo de pompas fúnebres (salario mínimo interprofesional), cuando todos los trabajadores de la empresa corresponden al convenio de transporte y recogida de enfermos y accidentados” y porque “Que todos los trabajadores venimos prestando a la empresa

nuestros servicios desde el inicio del contrato a razón de una media de 15 horas diarias, incluyendo sábados y domingos, y la empresa nunca declaró esas horas en las nóminas”./ VI.- Esa misma fecha, el graduado social Sr. V.J. envía una carta a la empresa “A instancias de mi cliente don H.L.C., para comunicarles que éste fin de semana del 10 al 11 de julio, será el último fin de semana del mes de julio en el que dicho trabajador prestará servicios en su empresa, pues está ustedes incumpliendo el convenio colectivo de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia, revisado por resolución del 08.08.97; puesto que desde que ha sido readmitido en la empresa con fecha 18.06.199(sic) y teniendo un contrato de trabajo de lunes a viernes, ustedes se han dedicado a hacerle la vida imposible con el tema de los turnos, para intentar conseguir que dicho trabajador ceda voluntariamente en la empresa, o para tener ustedes una causa justificada para poder despedirlo sin indemnización; algo que no van a conseguir puesto que tanto el trabajador como yo mismo estamos dispuestos a llegar hasta el fin. Les recuerdo que el trabajador ha sido readmitido con fecha 18.06.99 y hasta la fecha de hoy (09.07.199(sic)), le ha asignado de manera unilateral todos los fines de semana, es decir los en junio, los días 19-20, y los días 26-27 y en julio: los días 3-4; por lo que están incumpliendo el artículo 19 del convenio y concretamente el apartado de descanso semanal que dice: “Las empresas podrán programar los descansos de los trabajadores según los turnos antes citados, y se facilitará en una semana un día de descanso y en la siguiente dos días consecutivos o viceversa, no necesariamente un domingo y festivo. Se procurará que tales domingos y festivos sean rotativos para todo el personal”. En espera de una solución amistosa y razonable, atentamente les saluda.”/ VII.- Con fecha 25.08.199(sic) la empresa le notificó al trabajador una carta de sanción disciplinaria en base a que “el pasado día 13 de agosto se negó Ud. a recoger en Pontevedra al paciente don M.O.A.” y a que “el pasado día 16 de agosto no se presentó Ud. a su puesto de trabajo”, imponiéndole “una sanción de empleo y sueldo durante 10 días”. El trabajador la recibió, haciendo constar “no conforme, todo es mentira”. La sanción no fue impugnada envía judicial./ VIII.- No consta fehacientemente la recepción de otra carta de sanción disciplinaria imponiendo “amonestación por escrito”./ IX.- Por el trabajador se presentó a 01.09.99 una demanda judicial en reclamación de abono de horas extraordinarias, en cuantía de 924.000 pts, siendo turnada al Juzgado Social 2 de Pontevedra, y, señalado a 24.11.99 el acto de juicio, se interesó sus suspensión, que se acordó para el día 26 de los corrientes.- X.- La Unión General de Trabajadores, con fecha 25.10.99, presentó

preaviso de elecciones sindicales. Recibido por la Confederación Intersindical Galega, se desplazó a la empresa un responsable de ese sindicato y, previa reunión con algunos de los trabajadores, fuera del lugar y tiempo de trabajo, se acordó que, por ese sindicato, se iba a presentar, como candidato, al Sr. L.C. No llegó, sin embargo, a presentarse oficialmente la candidatura./ XI.- A 11.11.99 cogió su ambulancia, como la dejara el día anterior, y, sin repostar gasoil en el centro de trabajo, realizó un servicio programado de 30 Kms, con destino en el Hospital Provincial de Pontevedra. Hecho, recibió una llamada de la empresa para realizar un servicio Vigo-Pontevedra, manifestando entonces que creía no le llegaría el gasoil. Se le dijo que repostase a su cargo, reintegrándosele después, o que esperase a otro compañero que le llevaría dinero. Realizó el servicio y, de vuelta a Pontevedra, quedó sin gasoil en la autopista, con el enfermo recogido por otra ambulancia desplazada al efecto./ XII.- Con fecha 16.11.99 la empresa le notificó al trabajador la siguiente carta de despido disciplinario: “Muy Sr. Nuestro: La dirección de esta empresa le comunica, por medio de la presente, que ha tomado la decisión de rescindir su contrato de trabajo procediendo a su despido disciplinario. Los hechos y motivos que fundamentan esta decisión empresarial son los siguientes: El pasado 11.11.99 cogió la ambulancia matrícula PO-...-AD para hacer un servicio. Pasada media hora llama diciendo que no tiene gasoil. Desde la empresa se le indica que eche gasoil al coche que ya se le abonarían los gastos una vez de vuelta. Desoyendo las órdenes de su superior entra en la autopista sin haber repostado quedando poco después sin gasoil en plena autopista, causando el lógico perjuicio a la empresa. Asimismo y a pesar de haber sido advertido sigue entrando diariamente en la sala de guardias en una actitud agresiva dando patadas a la puerta de entrada creando un mal ambiente con sus compañeros los cuales no dejan de dar quejas a la dirección. Que a pesar de haber sido amonestado por escrito y verbalmente en diferentes ocasiones, e incluso haber sido sancionado, su conducta en el trabajo con sus compañeros y superiores no ha mejorado, creando un ambiente difícilmente soportable. Tales hechos entiende esta empresa que constituyen un incumplimiento contractual grave y culpable por su parte, tipificado y contemplado como justa causa del despido que se le comunica en el art. 54 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, y art. 38 del convenio colectivo de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia. El despido que se le comunica surtirá plenos efectos a partir de la fecha de notificación del presente escrito. Le comunicamos, igualmente que se encuentra a su disposición desde dicho día la correspondiente liquidación de los haberes

devengados por Ud. hasta la fecha”./ XIII.- No quedó acreditado “un mal ambiente con sus compañeros” de trabajo. / XIV.- Quedó acreditado que, en otras ocasiones, otros conductores de la empresa habían quedado parados en la carretera por averías o por falta de gasoil, sin ser sancionados./ XV.- Se intentó sin avenencia la obligatoria conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje e Conciliación.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Desestimando la demanda interpuesta por don H.L.C. contra la entidad “P.F.A., S.L.”, declaro procedente el despido del trabajador y, en consecuencia, se convalida la extinción del contrato de trabajo que aquél produjo, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación.”

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

ÚNICO.- La sentencia de instancia estima la demanda y declara procedente el despido del trabajador, convalidando la extinción del contrato de trabajo sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación. Esta resolución es recurrida por el actor para solicitar la revisión de los hechos declarados probados en la resolución recurrida y para denunciar la infracción de normas sustantivas. Aunque el recurrente expresa su interés en revisar el décimo primer hecho probado de la sentencia de instancia, lo cierto es que no propone texto alternativo ni postula la supresión del mismo limitándose a hacer una serie de consideraciones que no tienen el menor efecto práctico, como que la sentencia no valora determinados hechos que no fueron objeto de prueba por la parte empresarial o que el trabajador despedido no creó ningún riesgo para el enfermo que llevaba y que no existe una prueba clara y concluyente de la causa de despido. Pues es doctrina reiterada que el carácter extraordinario de la suplicación supone el respeto de la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, sólo impugnables cuando se evidencia error en los mismos, a través de prueba documental o pericial; debiendo, en la denuncia de error de hecho respecto al relato histórico de la sentencia de instancia, concretarse el dato o datos del mismo a los que se acusan de incidir en tal vicio y de expresarse en que consiste el error, solicitándose la rectificación o modificación del hecho de que se trate, con expresión de la versión que se pretende para sustituir a la que incurre en el mencionado error. También podrá utilizarse esta vía procesal para la eliminación de datos

históricos que se estiman inexactos o para la adición de aquellos que se hubieran omitido. Y como quiera que la revisión solicitada carece del más elemental requisito de proponer texto alternativo es obvio que la relación histórica de la resolución recurrida haya de permanecer inalterada. En el examen del derecho aplicado se denuncia la infracción del artículo 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores al considerar el recurrente que parece exagerada la decisión empresarial de rescindir el contrato, pues de aplicarse la doctrina gradualista, después de analizar las circunstancias concurrentes en el presente caso tendría que llegarse a la conclusión de que la conducta del trabajador no reviste la gravedad suficiente para ser merecedora de la sanción del despido, al quedar acreditado que en otras ocasiones otros conductores de la empresa habían quedado parados en la carretera por averías o por falta de gasoil sin, ni siquiera, ser sancionados. A la hora de determinar la proporcionalidad entre la conducta imputable al trabajador en la carta de despido y la sanción impuesta por la empresa, es indispensable valorar las circunstancias especiales que concurren en cada supuesto, llevando a cabo una indispensable tarea individualizadora de la conducta del operario, a fin de determinar dentro del cuadro sancionador correspondiente, si en virtud de los datos objetivos y subjetivos concurrentes, procede o no, acordar la sanción de despido que es la última por su trascendencia y gravedad entre las que pueden imponerse, y porque para cumplir los más elementales principios de justicia, las sanciones han de responder a la proporcionalidad y adecuación entre el hecho imputado, la sanción y el comportamiento del asalariado, con el objeto de buscar en su conjunción la auténtica realidad jurídica que de ella nace a través de un análisis específico de cada caso concreto; resulta imprescindible, pues, atender a todas las circunstancias que, habiendo sido declaradas probadas por el magistrado de instancia, vienen puestas de relieve en la relación histórica de la resolución recurrida, entre las que cabe destacar los hechos o motivos que fundamentan la decisión empresarial y que según la carta de despido son los siguientes: El pasado 11.11.99 cogió la ambulancia matrícula PO-...-AD para hacer un servicio. Pasada media hora llama diciendo que no tiene gasoil. Desde la empresa se le indica que eche gasoil al coche que ya se le abonarían los gastos una vez de vuelta. Desoyendo las órdenes de su superior entra en la autopista sin haber repostado quedando poco después sin gasoil en plena autopista, causando el lógico perjuicio a la empresa. Asimismo y a pesar de haber sido advertido sigue entrando diariamente en la sala de guardias en una actitud agresiva dando patadas a la puerta de entrada creando un mal ambiente con sus compañeros los

cuales no dejan de dar quejas a la dirección. Que a pesar de haber sido amonestado por escrito y verbalmente en diferentes ocasiones, e incluso haber sido sancionado, su conducta en el trabajo con sus compañeros y superiores no ha mejorado, creando un ambiente difícilmente soportable. Tales hechos entiende esta Empresa que constituyen un incumplimiento contractual grave y culpable por su parte, tipificado y contemplado como justa causa del despido que se le comunica en el art. 54 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, y art. 38 del convenio colectivo de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia. De los hechos imputados en dicha carta de despido ha quedado probado que el demandante el día 11.11.99 cogió su ambulancia, como la dejara el día anterior, y, sin repostar gasoil en el centro de trabajo, realizó un servicio programado de 30 Kms, con destino en el Hospital Provincial de Pontevedra. Hecho, recibió una llamada de la empresa para realizar un servicio Vigo Pontevedra, manifestando entonces que creía no le llegaría el gasoil. Se le dijo que repostase a su cargo, reintegrándosele después, o que esperase a otro compañero que le llevaría dinero. Realizó el servicio y, de vuelta a Pontevedra, quedó sin gasoil en la autopista, con el enfermo recogido por otra ambulancia desplazada al efecto. Por el contrario no quedó acreditado la existencia de un mal ambiente entre los compañeros de trabajo (hecho probado 13); quedando probado, sin embargo, que en otras ocasiones otros conductores de la misma empresa, habían quedado parados en la carretera por averías o por falta de gasoil, sin ser sancionados (hecho probado 14). El juzgador de instancia declara procedente el despido porque estima que si bien no hay una desobediencia a una orden de la empresa, “existió – dice textualmente – la asunción de un riesgo innecesario que fatalmente se actualizó, parándose la ambulancia en plena autopista con un enfermo dentro..., y no hay una simple negligencia en el cumplimiento del trabajo, que nunca sería muy grave y que, en casos precedentes, fue perdonada por la empresa, sino la asunción de un riesgo sin importar el resultado...” A la vista de cuanto antecede la sala no comparte la argumentación esgrimida por el juez “a quo”, pues partiendo de los propios hechos declarados probados, no es posible llegar a la conclusión de que ha existido un ánimo premeditado y consciente de perjudicar a la empresa, si tenemos en cuenta que el trabajador cogió la ambulancia para realizar un servicio programado de 30 Km., con destino al Hospital de Pontevedra. Hecho este servicio recibió una llamada de la empresa para realizar un servicio Vigo - Pontevedra, manifestando entonces que creía que no le llegaría el gasoil. Es decir, el primer servicio, que era el programado, se realizó

sin ningún incidente, y es en el segundo servicio, del que el actor tuvo conocimiento, una vez realizado el anterior, a través de una llamada y por lo tanto no estaba inicialmente previsto, cuando manifiesta su creencia de que no le llegaría el combustible, sospecha que se consumió cuando al regreso de Pontevedra se quedó sin gasoil en la autopista teniendo que desplazarse otra ambulancia a recoger al enfermo que trasladaba. Bien es cierto que cuando el actor comunicó aquella sospecha se le dijo que repostase a su cargo, reintegrándosele después o que esperase a otro compañero que le llevaría el dinero, pero esta falta de previsión que no puede reputarse premeditada, no es merecedora de la máxima sanción como es el despido, cuando además consta probado que en otras ocasiones otros conductores de la empresa habían quedado parados en la carretera por averías o por falta de gasoil, sin ser siquiera sancionados. En consecuencia y por todo lo expuesto es procedente estimar el recurso de suplicación formulado y revocar la resolución recurrida.

#### Fallamos

Que con estimación del recurso de suplicación interpuesto por don H.L.C. contra la sentencia de fecha 18 de enero de 2000 dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de Pontevedra en proceso seguido a instancia de don H.L.C. frente a la empresa “P.F.A., S.L.” sobre despido, debemos revocar y revocamos la sentencia recurrida, y estimando la demanda formulada se declara improcedente el despido, condenando a la empresa demandada a que opte, conforme a lo dispuesto en el artículo 56 del E.T. por la readmisión del trabajador en las mismas condiciones que regían antes del despido o a que le indemnice en la cuantía legalmente establecida y al abono de los salarios de tramitación desde la fecha del despido.

**2918 RECURSO Nº  
03/0009255/1996**

S. CA.

INFRACOTIZACIÓN NO RÉXIME ESPECIAL  
DE SEGURIDADE SOCIAL DO MAR.

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

En la Ciudad de A Coruña, treinta y uno de marzo  
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 03/0009255/1996, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por M.R.V. con D.N.I... domiciliado en... (A Coruña), representado y dirigido por el letrado don C.F.R., contra Resolución de 01.10.96 desestimatoria de r. ordinario contra otra de 21.06.96 desestimatoria de impugnación de apremio en expt., C.C.C. 1501961 0181, R. Especial del Mar; período de octubre 85 a mayo de 90 (Certificación descubierto...). Es parte la Administración demandada DIRECCIÓN PROVINCIAL DE TESORERÍA GENERAL DE LA S. SOCIAL DE A CORUÑA, representada y dirigida por el LETRADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. La cuantía del asunto es determinada en 9.505.572 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 21 de marzo 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 a través del presente recurso resolución desestimatoria del recurso ordinario que formulara el aquí demandante contra resolución del Director Provincial de la TGSS en A Coruña, que desestimara las alegaciones de oposición a la providencia de apremio dictada en

certificación de descubierto por infracotización en el Régimen Especial del Mar.

El recurrente alegara en vía administrativa que la deuda apremiada, de existir, estaría generada por la empresa de la que formaba parte con otros tres socios y de la que se había desligado en abril de 1990, que tampoco se le había notificado con carácter previo la deuda, no teniendo conocimiento de ésta hasta noviembre de 1994, en que se notifica la providencia de apremio en su domicilio particular, por lo que, en todo caso la misma estaba prescrita.

Estos argumentos fueron rechazados por la resolución recurrida argumentando que tanto el acuerdo del Instituto Social de la Marina (8 de mayo de 1991) declarando la responsabilidad empresarial en la infracotización como la liquidación del capital coste de pensión (27 de septiembre de 1991), objeto de apremio, fueran notificadas en el domicilio de la empresa por correo certificado con acuse de recibo en fechas 13.05.91 y 11.10.91, respectivamente, sin que se hubiera formulado impugnación alguna, por lo que la reclamación quedará firme antes de su pase a la vía de apremio.

En la demanda, el recurrente vuelve a reiterar los mismos argumentos.

II.- Partiendo del antecedente de que la empresa apremiada aparece inscrita en la Seguridad Social a nombre del demandante “y otro”, en lo que parece configurarse como una sociedad civil referida a la explotación de un número desconocido en las actuaciones de barcos de pesca, resulta que las referidas notificaciones de 13.05.91 y 11.10.91 se practicaron en el domicilio de la empresa coincidente con el que aparece en la inscripción empresarial, pero sin que aparezca identificado en los respectivos acuses de recibo la persona con la que se entendió y recibió el contenido de la notificación, pues en el espacio reservado al destinatario consta una simple rúbrica, diferente, por cierto, en uno y otro caso, y no aparece consignado el DNI del suscribiente/tes.

Siendo ello así, ya se concluye que dichas notificaciones no se ajustaron a los dictados del art. 80 de la LPA de 1980, aplicable al caso, y en ese sentido ha de recordarse que reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, valiendo, por todas, la STS de 19.11.96, que se pronuncia en los términos siguientes: “De acuerdo con S. 27 de enero 1992, de revisión, de Sec. 1ª de esta Sala, en conexión con las precedentes SS 28 febrero y 8 abril 1981 y las posteriores de 13 abril 1992, 23 septiembre 1994, debe señalarse, en relación con el problema examinado, la siguiente

octrina: La celeridad imprescindible en el procedimiento administrativo -art. 29 LPA- en razón de las exigencias del principio de eficacia de la actuación administrativa (art. 103.1 CE) hace viable que las notificaciones administrativas puedan entenderse con persona distinta –receptor- del destinatario de aquellas, sin menoscabo de las garantías del administrado que impone art. 80.2 LPA, al hacer constar el parentesco o razón de permanencia en el domicilio del destinatario. Para el caso de notificaciones por correo -art.80.2 y 99.2 LPA- arts. 4 del D. 2 abril 1954, 2, 5 de Orden 20 octubre de 1958 y 271, 1 del D. 1.653/64 prescriben que de no hacerse entrega al propio destinatario –además de indicarse el DNI- se hará constar la condición del firmante en la libreta de entrega, y en su caso, en el aviso de recibo todo ello con la finalidad de que la documentación inicialmente entregada al receptor llegará a recibirse por el destinatario”, y en el presente caso, al no aparecer reflejada en el acuse de recibo la identidad y aquellos otros datos relativos a la persona firmante del acuse de recibo, habrá que acudir, conforme predica aquella Jurisprudencia, a las reglas generales que trazan la doctrina sobre la carga de la prueba, que sobre la base del art. 1.214 del Código Civil, puede resumirse indicando que cada parte ha de probar el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a favor, y en consecuencia, aquella que sostenga la validez de la notificación, frente al carácter irregular que presenta la reflejada en el acuse de recibo, debe soportar la carga de la prueba, aportando, normalmente la libreta de entrega, sufriendo las consecuencias negativas correspondientes en el caso de no aportar tal prueba, y otras tendentes al mismo fin, o de que en dicho documento tampoco figuren aquellos datos (STS 29.06.98, entre otras), sin que en el presente caso, la TGSS, que era quien debía soportar dicha carga probatoria, hubiera realizado tal esfuerzo.

III.- La apreciación conclusiva anterior bastaría para la estimación del recurso, pero ha de repararse en que el demandante en la súplica de la demanda, apelando a una innecesaria e inútil retroacción de actuaciones, interesa que se declare la prescripción de la deuda, por lo que procede analizar si concurrente el instituto de la prescripción, supuesto que aquellas actuaciones irregularmente notificadas no tienen virtualidad para interrumpir la prescripción.

Pues bien, ya tomemos como fecha inicial de cómputo del plazo prescriptivo, en el mejor de los casos, el más favorable para el demandante, el de cese del trabajador en la actividad por jubilación (agosto de 1990), es lo cierto que a la fecha de 18 de noviembre de 1994, que es cuando se notifica la providencia de apremio, notificación a la que

no pone tacha alguna el demandante, providencia a la que sí debe reconocérsele virtualidad interruptiva de la prescripción, no había transcurrido el plazo de 5 años de prescripción a que alude el Reglamento de Recaudación de los Recursos de la Seguridad Social, por lo que no es de apreciar la prescripción alegada.

IV.- Siguiendo en la misma línea de que la falta de notificación de la liquidación apremiada permite u autoriza la alegación de motivos de impugnación que tienen que ver con la existencia e integridad de la misma, aduce el demandante que a él no le es exigible la deuda pues por escritura pública otorgada el 25 de abril de 1990 transmitiera su participación indivisa en los dos barcos de pesca que eran explotados en régimen de sociedad civil.

Pues bien, es de advertir que dicha escritura lo único que acredita es que el demandante cedió a terceros la participación que él tenía en los dos barcos de pesca que allí se identifican, pero este hecho transmisivo, por sí solo, no revela que el demandante se hubiera desvinculado de la sociedad civil que conformaba con otros socios (o con otro socio al menos, si hacemos caso a los términos de la inscripción de la empresa en la Seguridad Social, cuya identidad no reveló ni revela), esto es, que tal cesión implicaba o se refería a la participación que el demandante tenía en tal sociedad civil, concurriendo un indicio de signo negativo contrario a esta última posibilidad, cual que la empresa continuó inscrita o afiliada en la Seguridad Social con la misma denominación y número de afiliación.

En esas condiciones, es claro que la exigencia de aquella responsabilidad empresarial al demandante venía legitimada, no sólo por el aspecto formal que revelaba aquella inscripción empresarial en la Seguridad Social, sino también, desde el punto de vista sustantivo, por el régimen jurídico que el Código Civil establece para la sociedad civil, pues si bien es cierto que el art. 1.698 CC excluye en tal caso la responsabilidad solidaria respecto de las deudas sociales, proclamando la responsabilidad mancomunada simple de los socios, también lo es que, al tratarse de una sociedad civil irregular, al resultar desconocida la identidad del socio o socios restantes y cuáles sean sus participaciones, resulta legítimo exigir la totalidad de la deuda respecto del socio conocido, sin perjuicio de las acciones de reembolso que éste pueda actuar y de los pactos internos que entre ellos pueda existir.

Procede, en consecuencia, la desestimación del recurso.

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

### Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por M.R.V. contra Resolución de 01.10.96 desestimatoria de r. ordinario contra otra de 21.06.96 desestimatoria de impugnación de apremio en expt. C.C.C. 1501961 0181, R. Especial del Mar; período de octubre 85 a mayo de 90 (Certificación descubierta...) dictado por DIRECCIÓN PROVINCIAL DE TESORERÍA GENERAL DE LA S. SOCIAL DE A CORUÑA. Sin imposición de costas.

## 2919 RECURSO Nº 03/0009256/1996

S. CA.

ACTA DEFECTUOSAMENTE TRAMITADA, EN PROCEDIMIENTO SANCIONADOR POR DAR OCUPACIÓN RETRIBUÍDA A PERCEPTORES DE PRESTACIONES POR DESEMPREGO.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Margarita Pazos Pita

En la Ciudad de A Coruña, treinta y uno de marzo 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 03/0009256/1996, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por "P.C.B.", domiciliado en...(Pontevedra), represento y dirigido por el letrado doña C.C.H., contra Resolución de 22.08.96 desestimatoria de r. ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Pontevedra sobre acta de infracción nº 1.806/95; Expte. nº 4.427/96. Es parte la administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, representada por el ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es determinada en 600.000 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 21 de marzo 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 a través del presente recurso la Resolución de la Secretaría General de Empleo de fecha 22.08.96, desestimatoria del recurso ordinario interpuesto contra la Resolución de la Dirección Provincial del Ministerio de Trabajo, Seguridad Social y Asuntos Sociales de Pontevedra, por la que se impuso a la Comunidad recurrente la sanción de multa en cuantía de 600.000 pts., por infracción del art. 29.3.2 de la Ley 8/88 de 7 de abril.

II.- Conviene recordar que las actas de la Inspección de Trabajo que reúnan los requisitos especificados en los arts. 38 del Decreto 1.860/75 (actas de liquidación) y 52 de la Ley 8/88 (actas de infracción), gozan de la presunción de certeza y veracidad respecto de los hechos y circunstancias reflejados en el acta, y siempre que fuesen comprobados por el funcionario actuante con ocasión de la visita al centro de trabajo, bien porque su realidad objetiva fuese susceptible de percepción directa por el referido funcionario (inspector o controlador laboral), bien porque lo fuese a través de documentos o testimonios recogidos en aquella ocasión, o en sede del propio expediente. Quiérese decir, por tanto, que el juego de aquella presunción queda condicionada a la efectiva realización por parte del funcionario de una auténtica y real actividad de comprobación que debe quedar reflejada e identificada en el acta, con el fin de impedir cualquier efecto indeseable de indefensión. Por otra parte, la

referida presunción no pode extenderse a outros hechos no recogidos en el acta, como tampoco las meras apreciaciones, valoraciones, conjeturas o calificaciones y predeterminaciones jurídicas que el Inspector o Controlador puedan estampar en aquel documento. Como quiera que aquella presunción es de carácter *iuris tantum*, se opera una inversión de la carga probatoria, de tal modo que el imputado o titular del acta estará obligado a destruirla mediante la presentación de la correspondiente prueba en contrario. Por otra parte, ya se dijo en otras ocasiones que la prueba de indicios resulta válida para dar por acreditada la concurrencia de los elementos fácticos que subyacen y justifican la obligación de dación de alta y cotización, 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 resulta desvirtuada o de alguna forma tachada por la concurrencia de otros factores o circunstancias de signo contrario, cuya aportación corresponde al interesado.

III.- Sentada en primer lugar la improcedencia de las alegaciones de la recurrente respecto de la iniciación de las actuaciones y verificación de la segunda visita por una sola controladora laboral, al constar con claridad en el acta que tal visita se giró en el marco de las actuaciones de colaboración con el INEM y no existir precepto alguno que imponga que las visitas se efectúen por más de un funcionario actuante, sin embargo se ha de destacar que, en el presente caso, la controladora basa la identificación que verifica en el acta en el hecho de que “examinado el expediente obrante en el Instituto Nacional de Empleo, don B.C.E., con DNI... entre cuyos documentos se encuentra fotocopia del DNI, la Controladora Laboral que suscribe reconoce al camarero que vio al entrar en la cafetería el día de la visita de la Inspección (17.10.95)”. Esto es, que no habiéndose procedido a la identificación in situ del supuesto trabajador perceptor de prestaciones por desempleo, sin embargo, se verifica la misma con posterioridad, en base a fotocopia de DNI -no incorporada al expediente-; lo que, a su vez, ha de ponerse en conexión con las circunstancias que, obrantes en el acta, han de entenderse como posibilitadoras de tal posterior labor de identificación, y, concretamente, que “En el momento de atravesar la puerta de la cafetería una persona, que con posterioridad se identifica como B.C.E., uniformado con pantalón oscuro y camisa a rayas blancas y rojas, con pelo oscuro, tez clara y ojos claros portando una bandeja con bebidas hacia la terraza de la cafetería, pasa, y haciéndose a un lado, deja pasar a la Controladora Laboral actuante”.

Así las cosas, y visto lo anterior, no se puede sino concluir que la valoración que realiza la Controladora Laboral, que concluye con la identificación de don B.C.E. como la concreta persona que le dejó pasar, no puede acreditar, ante la ausencia de otros datos fácticos que vengan a avalar tales conclusiones, los hechos determinantes de la infracción que se imputa, y, por lo tanto, que la recurrente hubiese efectivamente dado ocupación al trabajador antes referenciado, y perceptor de prestaciones por desempleo, lo que conduce, por lo tanto, a la estimación del recurso interpuesto.

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

### Fallamos

Que estimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por “P.C.B.”, contra Resolución de 22.08.96 desestimatoria de r. ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Pontevedra sobre acta de infracción nº 1.806/95, Expte. nº 4.427/96, dictado por MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL; y en consecuencia, anulamos la resolución recurrida por ser contraria a Derecho. Sin imposición de costas.

**2920 RECURSO Nº  
03/0009277/1996**

S. CA.

LIQUIDACIÓN DE COTAS Ó RETA.

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

En la Ciudad de A Coruña, treinta y uno de marzo 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 03/009277/1996, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por C.A.S.O. con D.N.I... domiciliado en... (A Coruña), representado y dirigido por el letrado don J.F.G., contra Resolución de 22.07.96



desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y S. Social de A Coruña sobre acta de liquidación nº 455/94; Expte. 22.512/95. Es parte la Administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, representada por el ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es determinada en 559.717 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 28 de marzo de 2000, fecha en que tuvo lugar.

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

#### Fundamentos de derecho

I.- Impugnándose aquí las resoluciones que ratificaron el acta de liquidación de cuotas debidas al RETA, y reproduciendo el demandante los mismos motivos de impugnación y argumentos que los esgrimidos en el recurso contencioso-administrativo núm. 8.347/95, en el que se impugnaban las resoluciones que ratificaran el acta de infracción, procede reproducir aquí los fundamentos jurídicos contenidos en la sentencia de esta Sala, que desestimaron el aludido recurso.

Se dijo en dicha sentencia: “I.- Se interpone el presente recurso contra las resoluciones ratificadoras de acta de infracción en la que se imputa al recurrente la infracción tipificada en el art. 30.3.1 de la Ley 8/88, en razón a haber compatibilizado el trabajo por cuenta propia con el percibo de prestaciones por desempleo, todo ello con fundamento en la relación circunstanciada de hechos e indicios recogidos en aquel documento, complementados con lo que se expresa en el posterior informe de la Inspección de Trabajo.

El recurrente tras alegar que el acta no reunía los elementos de convicción necesarios que permitieran dar por acreditada la concurrencia de los elementos constitutivos de la infracción imputada, sin que tal omisión pudiera quedar integrada por lo relatado en el posterior informe, al no serle reconocible a éste la presunción de certeza o veracidad, aduce que por parte de la Inspección se incurriera en error de apreciación de la documentación laboral y económica de la empresa “I.V., S.L.”, ofreciendo a continuación su versión sobre las relaciones comerciales habidas entre ésta y la empresa “D.” durante el tiempo en que el recurrente estuvo percibiendo las prestaciones por desempleo, referida, en esencia, a que la primera de las empresas (de la que era socio coadministrador), fuera dirigida en ese tiempo, única y exclusivamente, por el tercero de los socios, don V.C.L., quien se encargaba de la comercialización del producto (moluscos) que era depurado en la segunda de las empresas, y que ello explicaba que “I.V., S.L.” no necesitara para realizar su actividad de más trabajadores que el referido Sr. C., pues los trabajos de depuración y administración eran llevados por personal de “D.”.

II.- Sobre el valor probatorio de las actas de la Inspección de Trabajo, esta Sala tiene dicho, haciéndose eco de un criterio jurisprudencial muy consolidado, que la presunción de certeza o veracidad reconocida a aquellos documentos (art. 38 del Decreto 1.860/75 y art. 52 de la Ley 8/88) alcanza a los datos fácticos que permitan sustanciar la infracción imputada, siempre que sean susceptibles, por su realidad objetiva y visible, de ser apreciados personal y directamente por el Inspector o Controlador de Empleo en el acto de la visita al centro de trabajo, o que resulten acreditados bien documentalmente o por testimonios entonces recogidos o, en su caso, mediante la instrucción del oportuno expediente; de ello se desprende que aquella presunción no puede extenderse a meras apreciaciones, valoraciones, conjeturas o calificaciones o predeterminaciones jurídicas que aquellos funcionarios puedan reflejar en las actas.

Por otra parte, también debe reseñarse 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. Como se dijo ya en otras ocasiones, 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 otros factores o circunstancias de signo exculpatorio. Valga como cita dos sentencias del T. C.: 62/94, de 28-II y 133/95, de 25-IX.

Por lo que al valor de los posteriores informes de la Inspección se refiere, aún estimándolos como testimonios cualificados, no tienen el mismo valor que las actas, desde la perspectiva de aquella presunción, en cuanto que son emitidos con posterioridad al momento en que el interesado despliega su actividad alegatoria de descargo, si bien puede reconocérseles una función de complementación de las actas, función que no debe alcanzar el grado de integración de las mismas. En definitiva, si el posterior informe simplemente complementa lo expresado en el acta, no existe inconveniente reconocerle a aquel documento el mismo o similar valor probatorio de que goza el acta, ya que lo emite un funcionario integrado en un órgano de la Administración (Inspección de Trabajo y S.S.) caracterizado por las notas de imparcialidad y especialización, complementación que es entendida por la Jurisprudencia como “detallar las circunstancias que determinaron la fijación de los hechos precisados en el acta” (STS 21.XI.91), o como expresa la conocida STS de 18.XII.91 “porque el acta está complementada por el informe de la Inspección, en el que el inspector da cuenta de su fuente de información, la declaración del contratista... de ahí la credibilidad de la declaración del inspector, lo que refuerza la eficacia del acta, en la que aquél se limita a constatar un hecho, y no a hacer juicios de valor, o calificaciones jurídicas”.

III.- En el presente caso, el Controlador Laboral actuante, llevó a cabo una completa actividad de comprobación, que se explicita en el acta de infracción, consistente en: visita al domicilio de las empresas “I.V.” y “D.”, entrevista con el recurrente y con dos trabajadores de esta última empresa, examen de la documentación laboral y económica de ambas empresas.

Del resultado de dicha actividad de comprobación obtuvo el Controlador los datos o circunstancias que a continuación se expresan:

- que el recurrente, como Jefe de Taller, y don J.J.S.O., como Jefe de Administración, prestaron servicios para la empresa “D.” hasta la fecha 18.12.92, en que celebran acto de conciliación por despido improcedente, solicitando al día siguiente prestaciones por desempleo, que le fueron reconocidas, y de las que disfrutaron hasta el 31.12.93.

- previamente, en fecha 02.06.92, el recurrente, el Sr. S. y el Sr. C. (biólogo de profesión), constituyeron la empresa “I.V., S.L.”, de la que son socios a partes iguales, siendo nombrados los dos primeros como administradores mancomunados, y cuyo objeto social era la distribución y venta de pescado y especies marinas en general.

- en la primavera de 1992, la empresa “D.”, por causa de descapitalización, paraliza la producción.

- según declaraciones del recurrente prestadas ante el Controlador Laboral el día de la visita, el objeto de la constitución de “I.V.”, fuera el de asumir el trabajo comercial de “D.”, que había quedado en mano de sus acreedores, asumiendo “V.” La compra y comercialización de mejillón, que siguió depurándose en las instalaciones de “D.”, abonándose con el producto de la venta los salarios de la plantilla de esta última y las cotizaciones a la Seguridad Social, todo lo cual era oportunamente facturado.

- los dos trabajadores de “D.”, identificados en el acta, reconocieran ante el Controlador Laboral, que los trabajadores de “D.” obedecían las órdenes impartidas por el recurrente y por el Sr. S., los cuales, desde la constitución de “V., S.L.”, siguieron utilizando los mismos despachos y teléfonos que tenían en “D.”.

Pues bien, todo ese conjunto de hechos o circunstancias, obtenidos a partir de una completa actividad de comprobación, se erigen en auténticos indicios que, por su carácter probado y plural, permiten deducir, de forma racional y lógica, que el recurrente compatibilizó el disfrute de las prestaciones por desempleo con el ejercicio de la actividad laboral por tipo infraccional, o lo que es lo mismo, el recurrente, inicial trabajador por cuenta ajena al servicio de la empresa “D.”, y cuyo cese en la misma propició el acceso a las prestaciones por desempleo, compatibilizó su percepción con una continuada actividad laboral ejercida sin solución de continuidad, aunque lo fuera a partir de aquel cese bajo la modalidad de trabajo por cuenta propia, al asumir, bajo la forma de sociedad y ocupando un cargo que por su propia naturaleza conllevaba la actuación de funciones gerenciales y de dirección, la actividad

comercial que hasta entonces llevaba la empresa “D.” de sus propios productos depurados, sin que frente a la convicción que se obtiene de dichos indicios, pueda prevalecer la mera afirmación, no apoyada en el exigible soporte probatorio, de que era el tercer socio, el Sr. C., el que ejercía, con carácter exclusivo las funciones gerenciales, pues con insistir en que tal afirmación aparece huérfana de prueba, la misma parece desmentida o, al menor, seriamente desmontada o quebrantada por lo que resulta del contenido del posterior informe, al referirse allí que los trabajadores entrevistados “solo reconocían al Sr. C. como biólogo de la Xunta y mero socio de “I.V., S.L.”, y que “los únicos que llevaban la rama comercial y directiva de la factoría de depuración eran el recurrente y el Sr. S.”, lo que por otra parte, parece consecuente y lógico con los cargos y funciones asignadas con aquellos otros indicios obtenidos de aquella actividad de comprobación que refleja el acta, aspectos que aunque recogidos en el informe, merecen la misma credibilidad como si estuvieran plasmados en el acta, pues se revelan en un informe que resulta meramente complementario, que no integrador, de los términos y contenido del acta. Por todo lo razonado, procede la desestimación del recurso”.

Por las mismas razones que se dejaron explicitadas, procede la desestimación del presente recurso.

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

#### **Fallamos**

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por C.A.S.O contra Resolución de 22.07.96 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y S. Social de A Coruña sobre acta de liquidación nº 455/94; Expte. 22.512/95, dictado por MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. Sin imposición de costas.

## **2921 RECURSO Nº 03/0009282/1996**

S. CA.

INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA DO  
EMPRESARIO EN MATERIA DE  
PREVENCIÓN DE RISCOS LABORAIS.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Francisco D’Amorín Vieitez

En la Ciudad de A Coruña, treinta y uno de marzo 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 03/0009282/1996, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por “C.E., S.L.”, con D.N.I... domiciliado en...(A Coruña), representado por don J.A.C.B. y dirigido por el letrado don M.C.F. contra Resolución de 13.09.96 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Delegación Provincial en A Coruña de la C. Xustiza, Interior e Relacións Laborais sobre acta de infracción nº 156/96; Expte. 202/96. Es parte la Administración demandada CONSELLERÍA XUSTIZA, INTERIOR E RELACIÓN LABORAIS, representada por el LETRADO DE LA XUNTA DE GALICIA. La cuantía del asunto es determinada.

#### **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 28 de marzo de 2000, fecha en que tuvo lugar.

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

#### Fundamentos de derecho

I.- Frente a las resoluciones recurridas que imputaron a la empresa constructora demandante la infracción grave en materia de Seguridad e Higiene en el Trabajo, tipificada en el art. 10.9 de la Ley 8/88, en relación con los arts. 20 y 23 de la Ordenanza General en materia de Seguridad e Higiene en el Trabajo y 187 de la Ordenanza de la Construcción, por falta de protección eficaz del hueco del ascensor abierto en el forjado de la tercera planta, se arguye por la constructora demandante, en lo que constituye el único motivo del recurso, que “lo ocurrido fue simplemente un hecho fortuito”, pues el accidente ocurriera al tropezar el trabajador con un puntal de madera con la consiguiente pérdida de equilibrio, y en el intento por recuperar la verticalidad, provocara una fuerza de empuje superior a los 150 kg. Por lo que el impacto contra la valla hizo que ésta cediera con la desgraciada consecuencia de caer por el hueco.

II.- Conviene advertir que aquí no se está enjuiciando la responsabilidad que por el resultado lesivo o dañoso habido pudiera derivarse de un accidente laboral, y sí la procedencia de la imputación de una infracción administrativa que tiene su elemento principal constitutivo en el incumplimiento por parte del empresario de las disposiciones o prescripciones legales, reglamentarias o convencionales en materia de seguridad e higiene en el trabajo (detectados o alumbrados con ocasión de un accidente laboral), al margen o con independencia de otras posibles responsabilidades, sancionándose, en definitiva, la vulneración del deber de protección que pesa sobre el empresario, que alcanza, no sólo a adoptar cuantas medidas de seguridad fueran necesarias a los fines de una adecuada prevención general de riesgos que puedan afectar a la vida, integridad y salud de los trabajadores, sino también a cumplir las concretas prescripciones previstas en normas legales, reglamentarias o paccionadas para las distintas actividades que naturalmente conllevan un riesgo o peligro concreto.

Pues bien, recordando que aquellos preceptos reglamentarios exigen que las barandillas que protejan huecos sean de materiales rígidos y resistentes, capaces de resistir una carga de 150 Kg. por metro lineal, esas condiciones no se daban en la barandilla del referido hueco, como así resulta de la propia forma en como el

accidente se produjo, circunstancia comprobada por la Inspectora con ocasión de visita al centro de trabajo, por los testimonios allí recogidos, que dieron cuenta de que el tropiezo del trabajador se produjera al subir el último peldaño de la escalera de acceso a la planta, e inmediatamente delante del hueco del ascensor, por lo que difícilmente, por no decir imposible, se pudo producir una fuerza de empuje igual o superior al referido módulo de resistencia, tal y como nos quiere hacer ver el demandante sin mayor apoyo probatorio. Por otra parte, la Inspectora comprobó que la referida valla no dejaba de ser un mero “quitamiedos”, ineficaz para una protección de aquella naturaleza. Procede en consecuencia, la desestimación del recurso.

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

#### Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por “C.E., S.L.” contra Resolución de 13.09.96 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Delegac. Provinc. en A Coruña de la C. Xustiza, Interior e Relacións Laborais sobre acta de infracción nº 156/96; Expte. 202/96, dictado por CONSELLERÍA XUSTIZA, INTERIOR E RELACIÓNs LABORAIS. Sin imposición de costas.

### 2922 RECURSO Nº 03/0009290/1996

S. CA.

INEXISTENCIA DE SUCESIÓN DE EMPRESAS.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Bautista Quintas Rodríguez

En la Ciudad de A Coruña, treinta y uno de marzo 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 03/0009290/1996, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por “M., S.L.”, con D.N.I... domiciliado en... (Ourense), representado por doña P.B.R. y dirigido por el letrado don J.L.C.B. (Habilitado), contra



Resolución de 30.08.96 desestimatorio de recurso ordinario contra otra de la Subdirección Provincial de Recaudación Ejecutiva de 11.04.96 por la que se deriva la deuda contraída con la Seguridad Social por la patronal J.A.V. Es parte la Administración demandada TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL- ORENSE, representada por el LETRADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. 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 28 de marzo de 2000, fecha en que tuvo lugar.

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

#### Fundamentos de derecho

I.- Se interpone el presente recurso contra la desestimación del recurso ordinario formulada a su vez contra la resolución de la Subdirección Provincial de la Recaudación Ejecutiva de la Dirección Provincial de Ourense de la Tesorería General de la Seguridad Social de fecha 4 de septiembre de 1996.

La recurrente funda su pretensión de invalidez de la pretensión recurrida en la circunstancia de que la supuesta sucesión de empresas en base a una mutación de empresario no ha tenido lugar, amparándose la Administración demandada únicamente en indicios con el único objeto de cobrar a toda costa un crédito declarado fallido en base a las circunstancias referidas en la exposición fáctica de su demanda.

La demandada Administración Institucional comparece en el proceso e interesa la desestimación de la demanda por cuanto que la resolución impugnada resulta ser conforme a Derecho.

II.- La cuestión esencial que se plantea en el presente recurso se limita a verificar si en realidad existe sucesión de empresas -como sostiene la Administración demandada -o no existe sucesión de empresas -como se arguye por la recurrente-.

Premisa fáctica -en síntesis- a considerar en la presente litis como presupuesto de las normas que se invocan es la siguiente: El 12 de mayo de 1975 don J.A.V.V. inscribe su empresa dedicada a carpintería de madera cuyo centro de trabajo se encontraba en... (Ourense); don J.A. contrajo matrimonio con doña A.M.V. bajo el régimen legal de gananciales el 22.09.72, si bien otorgar capitulaciones matrimoniales el 26.05.82 y modifican tal régimen, sustituyéndolo por el de separación. Dividen sus bienes: un piso en la C/..., un tojal, el ajuar doméstico y la mitad indivisa de una finca, nave y maquinaria que constituye una fábrica denominada "M.H.B", sita en..., correspondiente este bien al marido. Dicho sujeto fue declarado en estado de quiebra necesaria, decretándose judicialmente el cierre de las instalaciones, adjudicándose bienes y maquinaria a don A.R.M. y la nave industrial a la entidad "G., S.L." doña M.A., tenía un local de negocio de venta de muebles de cocina y accesorios en un local arrendado de la Av..., causando alta en autónomos el 14 de junio de 1989 y baja el 22 de junio de 1999 (entendemos 1989), causando de nuevo alta el 7 de julio de 1992 instalando una tienda de venta de muebles sita en el lugar citado de... Posteriormente constituyó la entidad mercantil "M., S.L." a la que arrendó el local de su propiedad para desarrollo de sus actividades y contrató a través del INEM una serie de trabajadores anteriormente empleados de su esposo.

Por la Unidad de Recaudación Ejecutiva 32-01 se siguió procedimiento de apremio frente al deudor don J.A.V.V., código cuenta de cotización que se refiere, el cual finalizó con providencia del Recaudador por la que se formuló propuesta de declaración de crédito incobrable, y que originó que la Tesorería promoviera juicio universal de quiebra que se ha tramitado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Ourense bajo el núm. 81/95, dictándose Auto el 15 de febrero de 1995 por el que se declaró al deudor en estado de quiebra necesaria y por Providencia de 9 de junio de 1995 se decretó el cierre de las instalaciones, en la que se hace referencia a varios vehículos en la empresa de los que resulta ser titular doña A.M.V.

El 5 de julio de 1995 toda la plantilla de la citada empresa (10 trabajadores) formularon demanda de despido ante el Orden Jurisdiccional Social.

III.- La sucesión que se pretende por la Administración no puede existir entre otras razones porque la propia Inspección de Trabajo en el informe emitido obrante en el expediente manifiesta que se han extinguido las relaciones laborales y la sucesión por aplicación del art. 44 del ET está condicionada a que se haya producido una novación subjetiva, esto es un cambio de titularidad en la empresa, como centro de trabajo o unidad de producción autónoma, sin solución de continuidad en las prestaciones ni pérdida de identidad contractual, tal como ha sostenido el desaparecido TCT en sentencia de 11.05.84.

En los supuestos de venta judicial de los bienes de una empresa señala el mismo TCE en sentencia de 26.06.84 tampoco se produce subrogación de un empresario por otro, incluso aunque en ella queden comprendidos la totalidad de los que componen la industria, pues la subasta no transmite el negocio sino los bienes que componen su soporte.

El concepto de cambio de titularidad ha de matizarse pues en el sentido de que la continuidad de la actividad empresarial ha de producirse en virtud de un negocio jurídico, de suerte que sea éste el que opere esa transmisión; obviamente si lo que aquí existió fue una subasta judicial, ello lleva a concluir que no hubo tal transmisión y que no es aplicable al art. 44 del ET.

Tampoco es indicio de sucesión de empresa el hecho de que se hayan contratado parte de los trabajadores del esposo, por cuanto que si como arguye la recurrente tenían contrato temporal que ya había finalizado, la relación laboral de los mismos con la empresa se hallaba extinguida.

Es cierto que la Administración demandada basa la sucesión en ciertos indicios como son el que doña A. única social y por tanto administradora única de “M., S.L.”, estuviere de alta en el Régimen General por cuenta de la Empresa J.A.V.V. desde el 7 de junio de 1990 y hasta el 04.09.92 y que todavía en abril de 1992 solicitara su baja en el régimen de autónomos con efectos de 05.06.90 en papel con el siguiente membrete “fábrica de muebles de cocina y baño V. Calidad en cocina de madera”; el que ambas empresas coincidan en su objeto social, falta de imaginación a la hora de poner nombre a la sociedad, puesto que “M.” era el nombre comercial de su marido, por cuanto que éstos y otros indicios no pueden enervar la falta de título en virtud del cual se ha producido la supuesta transmisión y sucesión de empresas, a fin de imputarle en base a lo dispuesto en los arts. 104 y 127.2 de la Ley General de la Seguridad Social la responsabilidad solidaria que se pretende.

Por todo lo expuesto, ha de estimarse el presente recurso contencioso-administrativo.

IV.- No son de apreciar, sin embargo, motivos determinantes de expresa condena en costas al no concurrir las circunstancias que, conforme al art. 131 de la Ley Jurisdiccional, harían preceptiva su imposición.

VISTOS los artículos citados y demás preceptos de general y pertinente aplicación,

#### **Fallamos**

Que estimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por “M., S.L.” contra Resolución de 30.08.96 desestimatorio de recurso de 11.04.96 por la que se deriva la deuda contraída con la Seguridad Social por la patronal J.A.V. dictado por TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL -ORENSE-; y en consecuencia, debemos declarar la nulidad de las resoluciones impugnadas, en concreto el requerimiento de pago por inexistencia de vinculación empresarial entre las empresas de referencia. Sin imposición de costas.

### **2923 RECURSO Nº 571/97**

S. S.

**IMPROCEDENCIA DO REINTEGRO DE PRESTACIÓNS POR DESEMPREGO, Ó NON TRATARSE DE AUTÓNOMO, SENÓN DE TRABALLADOR DO MAR POR CONTRATO A LLEGA.**

Ponente: Ilmo. Sr. Don José M<sup>a</sup> Cabanas Gancedo

En A Coruña, a cinco 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. 571/97 interpuesto por el Instituto Social de la Marina contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. 3 de A Coruña.

#### **Antecedentes de hecho**

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 923/95 se presentó demanda por Instituto Social de la

Marina en reclamación de desempleo siendo demandado don J.G.O., “P.J.D., S.L.”, “P.F., Ltd.” y “J.D.F., Ltd.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha siete de noviembre de mil novecientos noventa y seis por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “Primero.- El codemandado don J.G.O., inicia su relación laboral con la empresa “J.D.F., Ltd.”, propietaria del “M/P.J.D.”, dedicada a la pesca de arrastre, el día 2 de octubre de 1992, mediante contrato de embarque como personal laboral fijo, y categoría de cocinero. La empresa tiene su domicilio social en A Coruña y el buque el puerto base igualmente en A Coruña.- Segundo.- Por escrito de 1 de junio de 1995, se le comunica por parte de la empresa “P.F., Ltd.”, la adquisición del “M/P.J.D.”, que pasará a denominarse “MFV/THOR, por lo que dicha empresa se subroga en los derechos y obligaciones del trabajador, pasando a integrarse en la plantilla de la misma. Igualmente se le comunica el cambio de puerto base, que pasa a ser el de Milford Haven.- En dicho escrito se le ofrece al trabajador, de no convenirle la continuidad en la nueva forma de prestar servicios, la resolución del contrato y el abono de la indemnización correspondiente.- Tercero.- Formulada demanda de despido, se llega a conciliación en autos de este juzgado número 526/96, por la que la empresa primera indemniza al hoy demandado por despido improcedente, extinguiéndose la relación laboral.- Cuarto.- El trabajador solicita la prestación de desempleo que le es concedida por el período 04.08.95 a 03.10.96. con una base reguladora de 4.550 ptas. diarias, habiendo percibido en los meses de agosto y septiembre de 1995 la cantidad de 141.772 ptas.- Quinto.- El I.S.M. formula demanda interesando se declare la nulidad de la resolución por la que se concede el desempleo y se condene al actor a reintegrar las cantidades percibidas así como las que continúe percibiendo hasta la sentencia, por las razones que en la demanda figuran”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es la siguiente: “Fallo.- Que desestimando la demanda formulada por el Instituto Social de la Marina, contra J.G.O., contra la empresa “P.J.D., S.L.”, contra la empresa “P.F., Ltd” y contra “J.D.F., Ltd.”, absuelvo de la misma a los demandados”.

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.- Ante la sentencia de instancia –que desestimó la demanda del Instituto Social de la Marina, dirigida a que se declare la nulidad de la resolución de su Dirección Provincial de A Coruña, de 29 de septiembre de 1995, y a que se condene al codemandado don J.G.O. a reintegrarle la cantidad indebidamente percibida, en concepto de prestaciones por desempleo, de 141.772 pesetas, correspondiente a los meses de agosto y septiembre de 1995, así como lo que reciba por este mismo concepto hasta el momento que recaiga sentencia-, formula la Entidad Gestora citada recurso de Suplicación, en primer lugar, por el cauce del apartado b) del artículo 191 del T.R.L.P.L., a fin de que, en el hecho probado primero de aquélla, se haga constar que la empresa “J.D.F., Ltd.” es “de pabellón británico, en el que navegaba el Sr. G.O.”, y que “está domiciliada en..., Gales, y registrada en Londres, y tiene como representante legal en España a la empresa “P.J.D., S.L.”, la cual nunca presentó boletines de cotización ni abonó cuotas a la Seguridad Social española, a pesar de los requerimientos que se le efectuaron”; en segundo, por el mismo cauce, dirigido a que se añada al segundo que “la empresa “P.F., Ltd.” está domiciliada en..., Gales, y registrada en Londres, no está inscrita en el Régimen Especial del Mar de la Seguridad Social española, ni consta en los archivos informáticos del Sistema de Seguridad Social”; en tercero, por igual cauce, para que se adicione al tercero que “don J.G.O. prestaba sus servicios como autónomo, haciéndose cargo el Impuesto de la Renta y de las cuotas a la Seguridad Social británica, sin ninguna responsabilidad de la empresa frente a él como empleado”; en cuarto, por idéntico cauce, a fin de que se añada un nuevo hecho probado, el sexto, que diga “don J.G.O. nunca estuvo de alta en la Seguridad Social española, pues los partes de alta y baja presentados por la Dirección General de Migraciones eran improcedentes, debiendo figurar de alta en la Seguridad Social británica”; y, en quinto, por el del c) del mismo precepto, denunciando infracción, por interpretación errónea, del artículo 205.1 del T.R.L.G.S.S., y, por no aplicación, del 7 del mismo Texto.

SEGUNDO.- No existe base para efectuar en la sentencia de instancia, las revisiones fácticas, que interesa la Entidad Gestora recurrente, con los cuatro primeros motivos del recurso, pues, a la vista de los motivos probatorios, que tuvo a su alcance el Sr. Juez “a quo” para fundamentar su valoración probatoria –entre los que se hallan, como evidentemente importantes para la cuestión planteada, el contrato de embarco (pesca de arrastre), registrado en el Instituto Social de la

Marina-Oficina de Empleo, de A Coruña, el 5 de octubre de 1992 (obranse al folio 62), en el que, entre otros extremos, se hace constar, “reunidos: de una parte, la empresa armadora “J.D.F., Ltd.”, con domicilio en A Coruña, calle...”; y el certificado de empresa, a efectos de solicitud de prestación por desempleo (obranse al folio 63), en el que constan, como datos de la empresa: “nombre o razón social “J.D.F., Ltd.”, “nº patronal...”, “domicilio social: calle...”, “localidad A Coruña”. No se estiman suficientes los medios de prueba documentales que cita la recurrente en apoyo de su pretensión, pues –dejando aparte los extremos referentes al alegado descuberto de las empresas, que se indican a la Seguridad Social española, o a que don J.G.O. nunca estuvo en alta en la Seguridad Social, dado su contenido eminentemente valorativo, y no susceptible, por lo tanto, de ser examinado, a través de un motivo, cuyo único objeto es revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas-, no basta con citar el contenido de una nómina en cuyo encabezado figura, como domicilio de la empresa “J.D.F., Ltd.”, Gales, y en la que se hizo constar que “el pescador es un empleado autónomo y paga sus impuestos sobre la renta y la Seguridad Social Nacional. La empresa no tiene responsabilidad hacia él como empresa empleadora”, y una carta, con el mismo encabezado; para, pasando por alto el contenido de los documentos anteriormente citados, y lo manifestado al efecto por el Sr. Juez “a quo”, afirmar que es británico el pabellón de “J.D.F., Ltd.”, o que don J.G.O. prestó sus servicios como autónomo.

**TERCERO.-** La inviabilidad de los cuatro primeros motivos del recurso, lleva consigo, automáticamente, la del quinto, ya que, no estimándose acreditado que don J.G.O. fuere trabajador autónomo, su condición de trabajador por cuenta ajena, en su momento, tenida en cuenta por el Instituto Social de la Marina para reconocerle las prestaciones por desempleo, mediante resolución, que intenta dejar sin efecto con este procedimiento, no quedó desvirtuada, y, por lo tanto –y también, dejando aparte los descubiertos de cotización, que pudieran existir, ante los que, en su caso, podrá aquél actuar por la vía adecuada-, procede, al estar comprendido el citado codemandado en la protección por desempleo, y no existir las infracciones, que se alegan de los artículos 205.1 y 7 del T.R.L.G.S.S.; confirmar el fallo de la resolución impugnada.

Por lo expuesto,

**Fallamos**

Que, con desestimación del recurso de Suplicación, planteado por el Instituto Social de la Marina, contra la sentencia, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de lo Social nº 3 de A Coruña, en fecha 7 de noviembre de 1996; debemos confirmar y confirmamos el fallo de la misma.

## 2924 RECURSO Nº 699/00

S. S.

**NULIDADE DE CONVENIO COLECTIVO POR INFRACCIÓN DE NORMAS RELATIVAS Á INICIATIVA NEGOCIAL.**

Ponente: Ilma. Sra. Doña Rafaela Horcas Ballesteros

A Coruña, a seis 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 nº 699/00 interpuesto por Confederación Intersindical Galega (CIG) contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. tres de Pontevedra.

### Antecedentes de hecho

**PRIMERO.-** Que según consta en autos nº 699/00 se presentó demanda por Confederación Intersindical Galega (CIG) en reclamación de CONFLICTO COLECTIVO siendo demandado el “C.A.T., S.A.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 15 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: “I.- Con fecha 21.11.97 el Comité de Empresa del “C.A.T., S.A.” comunicó a la empresa la denuncia del entonces vigente Convenio Colectivo; en febrero del 98, remitió los puntos básicos de negociación y el 12.06.98 convocó a la Dirección para el 18.06.98, para la constitución de la Mesa, indicando que, por la parte social, estaría formada por la totalidad del Comité, compuesto en ese momento por nueve miembros (de los Sindicatos CCOO, CGT y CIG, teniendo este último cuatro miembros electos).- II.- Con fecha 16.07.98, el comité comunica a la empresa



que “aplazan” las negociaciones del Convenio, ante el expediente sancionador abierto a sus miembros; hasta su resolución, acordándose por ambas partes la reanudación de las negociaciones a partir del 05.06.98.- III.- El 21.11.98 el Comité ante el proceso de elecciones sindicales que acababa de iniciarse acuerda suspender las negociaciones para que sean retomadas por el Nuevo Comité que sea elegido. Dichas elecciones, por causas que no constan, no se celebraron hasta el mes de noviembre de 1999.- IV.- A raíz de la notificación de una S.T. Supremo sobre el reparto de propinas en el Departamento de Caja, se insta demanda de reclamación de cantidad por cuatro trabajadores de tal sección, entre los que se encontraba el Sr. A., miembro del Comité, electo por la CIG. El propio Sr. A. insta al Comité para que intervenga en lo que se considera como una modificación de condiciones en los departamentos de Caja y Recepción comisionándose al Sr. A. para que negocie con la Gerencia, en nombre del Comité y de los afectados. Tales negociaciones dieron lugar a varias reuniones, en las que intervenían diferentes miembros del Comité, y en las que los miembros electos del CCOO y UGT manifestaban que, paralelamente al Acuerdo de propinas –que debía formar parte del Convenio– se acordaran otros temas, como la revisión salarial.- V.- El día 8 de febrero de 1999 se convoca urgentemente reunión del Comité para la firma del Acuerdo de propinas, ya que el juicio instado por los trabajadores, antes señalado, estaba fijado para el día 09.02.99; el Secretario del Comité dejó aviso telefónico al miembro de la CIG, Sr. G.O., en tanto que otro miembro electo por tal sindicato (el Sr. P.) estaba en Incapacidad Temporal desde el 30 de enero. Los cinco miembros del Comité presentes, acordaron que se vinculaba la firma de tal Acuerdo de propinas, a un acuerdo mínimo de otras condiciones del Convenio, lo que comunicaron a la Empresa, iniciándose un intercambio de propuestas y contrapropuestas, a lo largo de la tarde-noche, que culminaron en el Acuerdo hoy impugnado. A tal reunión compareció, en un momento dado, un sexto miembro, el Sr. A. a quien el resto del Comité presente le comunicó que iban a realizarse tales negociaciones, pero éste, aduciendo que él sólo había comparecido para el Acuerdo de Propinas, que pasa a la firma de los miembros del Comité, se ausenta de la Sala.- VI.- El día 10 de febrero se convoca a la Mesa para la firma del Acuerdo alcanzado, firmando los cinco miembros del Comité participantes en la reunión negociadora del 08.02.99 negándose el resto a su firma. El acuerdo queda supeditado al resultado de la Asamblea de trabajadores que se celebra el día 13 de febrero, a la que asisten algunos de los miembros del Comité, no firmantes del Acuerdo del Convenio, sin que manifiesten su opinión.-

VII.- Con fecha 22.03.99 se dictó resolución por la Delegación Provincial de la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais de la Xunta de Galicia, acordando la inscripción en el Libro de Registro de Convenios Colectivos, los acuerdos relativos a efectos económicos para 1998, y modificación de categorías, niveles y funciones correspondientes al Grupo Profesional Sala de Xogo y nuevo reparto de propinas de Caja y recepción, como parte del Convenio Colectivo de la Empresa “C.A.T., S.A.” (B.O.P. 02.07.99).

**TERCERO.-** Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que desestimando la excepción de caducidad, debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por la CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA (CIG), absolviendo a la Empresa “C.A.T., S.A.” y al COMITÉ DE EMPRESA de las pretensiones de la demanda. Y ello con la presencia procesal del Ministerio Fiscal.”

**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.-** Se interpone recurso de Suplicación contra la Sentencia de fecha 15 de diciembre de 1999 del Juzgado de lo Social nº 3 de Pontevedra seguido a instancia de la representación del Sindicato CIG contra la Empresa “C.A.T., S.A.” y el Comité de Empresa, por la propia parte actora CIG, basándose el mismo, al amparo del art. 191.b) de la L.P.L., la revisión de los hechos declarados probados, concretamente el hecho probado 5º de la misma el cual dice: “El día 8 de febrero de 1999 se convoca urgentemente reunión del Comité para la firma del Acuerdo de propinas, ya que el juicio instado por los trabajadores, antes señalado, estaba fijado para el día 09.02.99; el Secretario del Comité dejó aviso telefónico al miembro de la CIG, Sr. G.O., en tanto que otro miembro electo por tal sindicato el Sr. P. estaba en Incapacidad Temporal desde el 30 de enero. Los cinco miembros del Comité presentes, acordaron que se vinculaba la firma de tal Acuerdo de propinas, a un acuerdo mínimo de otras condiciones del Convenio, lo que comunicaron a la Empresa, iniciándose un intercambio de propuestas y contrapropuestas, a lo largo de la tarde-noche, que culminaron en el Acuerdo hoy impugnado. A tal reunión compareció, en un momento dado, un sexto miembro, el Sr. A. a quien el resto del Comité presente le comunicó que iban a realizarse tales negociaciones, pero éste, aduciendo que él sólo

había comparecido para el Acuerdo de propinas, que pasa a la firma de los miembros del Comité, se ausenta de la Sala”, para que se añada el texto siguiente: “Tanto en las actas del 9 y 10 de febrero, como en el Diario Oficial de Galicia, se hacen figurar como integrantes de la mesa de negociación a los 9 miembros del Comité, cuando sólo están presentes cinco”, de los documentos que cita se pone de manifiesto que efectivamente se señala que integraban la mesa de negociación 9 miembros del Comité cuando sólo estaban presentes cinco según la redacción dada anteriormente por el hecho probado.

En consecuencia se admite el motivo del recurso, quedando el hecho probado 5º de la manera que interesa el recurrente.

Amparado en el mismo motivo en el hecho probado 7º, el cual dice: “Con fecha 22.03.99 se dictó resolución por la Delegación Provincial de la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais de la Xunta de Galicia, acordando la inscripción en el Libro de Registro de Convenios Colectivos, los acuerdos relativos a efectos económicos para 1998, y modificación de categorías, niveles y funciones correspondientes al Grupo Profesional Sala de Xogo y nuevo reparto de propinas de Caja y recepción, como parte del Convenio Colectivo de la Empresa “C.A.T., S.A.” (B.O.P. 02.07.99)”, para que se le añada lo siguiente: “En la citada resolución de la Delegación Provincial textualmente se dice “...se dispone el registro, depósito o publicación en el Diario oficial de Galicia, de la revisión salarial del Convenio Colectivo de la Empresa “C.A.T., S.A.”; en base a los documentos que cita se desprende la realidad de dicha afirmación por lo que se procede a añadir a dicho hecho probado lo interesado por el recurrente. Se estima, en consecuencia, el motivo del recurso.

SEGUNDO.- Se alega por el recurrente al amparo del art. 191.c) de la L.P.L., infracción de los arts. siguientes, 85 del E.T., el art. 86.3 del mismo texto y el 86.4, así como el art. 89 del E.T., e interpretación indebida del art. 67 del texto anteriormente dicho, interesando la nulidad del Acuerdo de fecha 10 de febrero de 1999.

Según consta en el hecho probado V, el cual dice: “El día 8 de febrero de 1999 se convoca urgentemente reunión del Comité para la firma del Acuerdo de propinas, ya que el juicio instado por los trabajadores, antes señalado, estaba fijado para el día 09.02.99; el Secretario del Comité dejó aviso telefónico al miembro de la CIG, Sr. G.O., en tanto que otro miembro electo por tal sindicato (el Sr. P.) estaba en Incapacidad Temporal desde el 30 de enero. Los cinco miembros del Comité presentes, acordaron que se vinculaba la firma de

tal Acuerdo de propinas, a un acuerdo mínimo de otras condiciones del Convenio, lo que comunicaron a la Empresa, iniciándose un intercambio de propuestas y contrapropuestas, a lo largo de la tarde-noche, que culminaron en el Acuerdo hoy impugnado. A tal reunión compareció, en un momento dado, un sexto miembro, el Sr. A. a quien el resto del Comité presente le comunicó que iban a realizarse tales negociaciones, pero éste, aduciendo que él sólo había comparecido para el Acuerdo de Propinas, que pasa a la firma de los miembros del Comité, se ausenta de la Sala”, es decir que la convocatoria urgente que se hizo a los miembros del Comité era para la firma del “Acuerdo de propinas”, una vez reunidos los asistentes, (cinco miembros), se decide por ellos que se iría mas allá del mismo y se adoptarían otros acuerdos referentes a “revisión salarial del convenio colectivo de la empresa “C.A.T., S.A.” (hecho probado VII).

Luego efectivamente se infringe la norma establecida en el ET sobre tramitación en el procedimiento de negociación del convenio colectivo, concretamente el art. 89.1, el cual señala que en la comunicación que se haga por quien promueva la negociación se expresará “las materias objeto de negociación”; una vez convocadas las partes al efecto y teniendo todas conocimiento de los asuntos que se van a tratar se exige mayoría de los asistentes para adoptar el acuerdo, pero, aquí es obvio el requisito de la convocatoria legal, con independencia de que se efectuase por teléfono u otro medio, se debería haber puesto en conocimiento de todas las materias a tratar. Actuando de esa manera se infringe el principio de “buena fe” que debe presidir la negociación. Ciertamente el Comité es un órgano Colegiado, y debe adoptar sus acuerdos por mayoría, pero esto no es obstáculo para que la convocatoria de reunión se realice cumpliendo los requisitos legales para que todos los representantes que componen la misma puedan asistir o no, expresar sus opiniones y votar decisiones en consecuencia, en otro caso, se privaría a dicho órgano de representación de los principios de que su organización y funcionamiento deben ser democráticos.

Otro tema diferente sería si convocados al acuerdo sobre propinas, dicho acuerdo, sólo y exclusivamente se hubiera adoptado, puesto que los integrantes del sindicato impugnante del mismo tenían conocimiento del mismo y fueron convocados para ello, el acuerdo así adoptado por mayoría no merecería ningún reproche; muy al contrario, cuando se va mas allá de los temas a tratar en dicha convocatoria, el acuerdo adolece de un vicio inicial por defecto de convocatoria que lo hace nulo en su resultado.

Por ello, se estima el motivo del recurso presentado y se anula en su totalidad el Acuerdo impugnado de fecha 10.02.99.

De conformidad con el art. 164.3 de la L.P.L. la presente sentencia se publicará en el “Boletín Oficial” en la que se ha publicado el Acuerdo impugnado.

#### Fallamos

Que debemos estimar y estimamos el recurso de Suplicación interpuesto por la representación del Sindicato CONFEDERACION INTERSINDICAL GALEGA (CIG) contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número Tres de Pontevedra de fecha 15 de diciembre de 1999, y con revocación de la misma, declaramos la nulidad del Acuerdo de fecha 10.02.99, condenando a los codemandados a estar y pasar por dicha declaración.

### 2925 RECURSO Nº 706/97

S. S.

EXTINCIÓN DE SUBSIDIO DE DESEMPREGO INDEBIDAMENTE PERCIBIDO, Ó SUPERAR O PERCEPTOR OS LÍMITES REGULAMENTARIOS DE INGRESOS.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Ricardo Ron Curiel

A Coruña, a siete 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 nº 706/97, interpuesto por doña M.E.B.G. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de Ferrol.

#### Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 411/96 se presentó demanda por doña M.E.B.G. en reclamación sobre EXTINCIÓN DE LAS PRESTACIONES POR DESEMPLEO Y PERCEPCIÓN INDEBIDA siendo demandado el INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO en su

día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 5 de noviembre de 1996 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 doña M.E.B.G., afiliada a la Seguridad Social con el nº..., venía percibiendo desde el día 18 de febrero de 1994 el subsidio por desempleo./ SEGUNDO.- El día 5 de diciembre de 1995 el I.N.E.M. remitió una comunicación a la beneficiaria requiriéndole para que acreditase que continuaba reuniendo los requisitos que en su día determinaron el reconocimiento del subsidio. Remitida la documentación solicitada, el I.N.E.M. elaboró el 28 de mayo de 1996 una propuesta de extinción de la prestación, con efectos del 1 de mayo de 1994, por dejar de reunir en esa fecha los requisitos para la percepción del subsidio y, al mismo tiempo, se le reclamaba la cantidad de 596.158 pts., en concepto de percepción indebida correspondiente al período de 01.05.94 a 28.02.96. La demandante contestó a esta propuesta y, a continuación, el I.N.E.M. dictó una resolución el día 24 de junio acordando “declarar la percepción indebida de prestaciones por desempleo, por una cuantía total de 596.158 pesetas, correspondientes a/a los períodos de 01.05.94 a 28.02.96 y por el motivo de: Dejar de reunir los requisitos para la percepción de su subsidio desde 01.05.94, fecha desde la cual las rentas de su unidad familiar, considerable a estos efectos, dividida por el número de miembros que la componen, supera el 74% del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias”./ Contra esta resolución formuló la demandante escrito de reclamación previa que fue desestimada por otra fechada el 7 de agosto siguiente.”/ TERCERO.- La demandante convive en su domicilio de Narón (La Coruña) con su esposo don J.A.P.F. y sus hijas, M.E., Y. y L.P.B., ascendiendo los ingresos de la unidad familiar en mayo de 1994 a la cantidad de 254.345 pts.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO/ Desestimo la demanda formulada por doña M.E.B.G. contra el INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO y, en consecuencia al Instituto demandado 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.- Frente a la sentencia de instancia, desestimatoria de la pretensión deducida en la demanda, interpone recurso de Suplicación la representación procesal de la demandante, construyendo el primero de los motivos de Suplicación al amparo del art. 191, letra b), de la Ley Procesal Laboral, solicitando que se modifique el hecho probado 1º de la resolución que impugna, en el sentido de que en el mismo se añade: “que el 24.06.94 deja de percibirlo hasta el 03.01.95; posteriormente lo vuelve a solicitar el 04.01.95 y se lo conceden hasta el 05.07.95, fecha en que vuelve a trabajar hasta el 04.10.95; por último el 05.10.95 lo vuelve a solicitar y se lo conceden”. Se pretende apoyar tal adición en las certificaciones del I.N.E.M. que consta en los folios 29 a 32. No se accede a ello, por ser la revisión, en absoluto, intrascendente a los fines de la presente controversia, ya que aun admitida, no afectaría a la calificación jurídica de la situación litigiosa ni, en definitiva, en el pronunciamiento a dictar ahora.

SEGUNDO.- Con cobertura en el art. 191, apartado c), de la Ley Adjetiva Laboral, se construye el segundo, y último, de los motivos del recurso, en el que se denuncia el fallo en la aplicación del art. 18 del Real decreto 625/85, de 2 de abril, en relación con los arts. 7 y concordantes de la misma norma; argumentando, esencialmente: a) que si bien los ingresos del esposo de la recurrente en el mes de mayo de 1994 fueron de 254.345 pesetas, no lo es menos que se enteró de dicha cantidad en el mes de junio, como así consta en la expedición de la nómina de ASTANO; b) que el hecho de que un mes determinado supere el límite del 75% del salario mínimo interprofesional. no debe dar lugar, automáticamente, a la extinción del subsidio, ya que debería ser tomada en cuenta la media del periodo a computar, cuando el salario variase de un mes a otro -hace operaciones sobre lo percibido en el período enero-agosto de 1995, en relación con los miembros de la unidad familiar, con el resultado de no alcanzar el salario mínimo interprofesional-; c) que la resolución administrativa no se ajusta a derecho, pues comunicó al I.N.E.M. en el mes de junio, cuando se enteró, el hecho de que no debía seguir cobrando el subsidio.

Del relato histórico de la sentencia recurrida, transcrito en los antecedentes de hecho de la presente resolución, son de destacar los siguientes datos: A) La demandante venía percibiendo desde el 18 de febrero de 1994 subsidio por desempleo. B) El 5 de diciembre de 1995, el Instituto demandado, requirió a la actora para que

acreditara que continuaba reuniendo los requisitos que, en su día, determinaron el reconocimiento del subsidio. C) Remitida la documentación solicitada, el INEM elaboró el 28 de mayo de 1996 propuesta de la extinción de la prestación, dictando resolución con fecha 24 de junio siguiente acordando declarar la percepción indebida de prestaciones por desempleo, por una cuantía total de 596.158 pesetas, correspondientes al periodo 1 de mayo de 1994 a 28 de febrero de 1996, por dejar de reunir los requisitos para la percepción de su subsidio desde el 1 de mayo de 1994, fecha desde la cual las rentas de su unidad familiar, considerada a estos efectos, dividida por el número de miembros que la componen, supera el 75% del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias. D) La demandante convive con su esposo y tres hijas, ascendiendo los ingresos de la unidad familiar en mayo de 1994 a la cantidad de 254.345 pts.

Establecida, en los términos que quedan expuestos, la situación sometida a debate, resta ahora determinar si los efectos jurídicos de la misma derivados son los proclamados en la sentencia de instancia o si, por el contrario, deben ser los postulados por la recurrente. El dilema debe solucionarse en favor de la tesis mantenida por el juzgador “a quo”; de una parte, porque el cociente obtenido al dividir los ingresos de la unidad familiar -importe de la nómina del marido de la demandante del mes de mayo de 1994- entre los integrantes de la misma, es superior al importe del setenta y cinco por ciento del salario mínimo interprofesional vigente en el año 1994 -60.570 pesetas mensuales-, careciendo, por ello la demandante del derecho a percibir la prestación litigiosa, por aplicación de lo normado en el art. 18, en relación con los arts. 7 y concordantes del Real Decreto 625/85, de 2 de abril; resultando, de este modo, acertado el razonamiento que hace el juzgador de instancia en su sentencia; por otro lado, es reiterado criterio jurisprudencial -sentencia, entre otras muchas, del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1996- que la excepción prevista en el art. 145.2 de la Ley Adjetiva Laboral concede facultades a la entidad gestora de la Seguridad Social para revisar de oficio las prestaciones concedidas, entre otros supuestos, por la constatación de omisiones o inexactitudes en las declaraciones del beneficiario, así como para requerir al interesado la devolución de lo indebidamente percibido; doctrina éste aplicable al caso litigioso, puesto que la indebida percepción del subsidio cuestionado ha sido detectada por la actuación del ente gestor, al requerir a la demandante para la aportación de documentación;

TERCERO.- Lo que queda razonado habrá de conducir, en criterio coincidente con el mantenido



por esta Sala en sentencias de 16 de enero de 1997 y 14 de octubre de 1998 a rechazar el reproche jurídico a que el recurso se contrae y, con desestimación de éste, a dictar un pronunciamiento confirmatorio del censurado. En consecuencia,

### Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación procesal de doña M.E.B.G., contra la sentencia de fecha cinco de noviembre de mil novecientos noventa y seis, dictada por el Juzgado de lo Social número uno de Ferrol, en proceso sobre subsidio por desempleo promovido por la recurrente frente al Instituto Nacional de Empleo, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

## 2926 RECURSO Nº 2.876/98

S. S.

POSIBILIDADE DE REVISIÓN  
XURISDICCIONAL DAS RESOLUCIÓNS DE  
COMISIÓNS DE CONCURSOS.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio González Nieto

A Coruña, a siete 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. 2.876/98 interpuesto por RENFE y don J.I.P.B. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de Santiago.

### Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don C.A.R. en reclamación de IMPUGNACIÓN CONCURSO siendo demandado RENFE y don I.P.B. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 371/97 sentencia con fecha 17 de marzo de 1998 por el Juzgado de referencia que desestima excepción de litis consorcio pasivo necesario y excepción de caducidad y estima la demanda.

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

“1º).- Que la demandada Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles publicó, en fecha dieciocho de febrero de mil novecientos noventa y siete una convocatoria para cubrir, en Régimen de Ascenso, determinadas plazas de la categoría de Encargado del Sector Eléctrico de Instalaciones de Seguridad en la provincia de A Coruña, una de ellas vacante en Santiago de Compostela, habiéndose presentado a esta última plaza el demandante y el codemandado don J.I.P.B.- 2º) Que el programa de las pruebas de ascenso, consistía en una prueba teórico profesional sobre: el Reglamento General de Circulación, la Circular nº 2 de Presidencia de 01.02.1994; la Instrucción General nº 43 del año 1993; el Reglamento electrónico de baja tensión; las Instrucciones Técnicas de Mantenimiento; tecnología electrónica y Electrónica digital y un curso consistente en Seminario de Instalaciones de Seguridad, suprimiéndose posteriormente la Instrucción General 66 y la Circular nº 2 de Presidencia.- 3º) Que en el acto de celebración del examen, consistente en treinta y cinco preguntas teóricas, el actor manifestó que tres de las preguntas no estaban incluidas en el programa, aceptando el Tribunal la impugnación, eliminando del examen esas tres preguntas y debiendo valorar el mismo sobre treinta y dos preguntas.- 4º) Que la puntuación obtenida en el examen por el actor fue de 33,49 puntos y la del codemandado de 37,68 puntos, debiendo sumarse, en el caso del actor, 10 puntos por antigüedad y en el caso del codemandado 7,26 puntos por antigüedad.- 5º) Que en fecha veinticinco de marzo de mil novecientos noventa y siete el actor solicitó que se aclarara en plantilla de corrección que la pregunta referida a cual era la distancia en que una señal de trayecto que es avanzada ha de presentar una visibilidad perfecta, en la que el Tribunal había dado por válida la contestación de 200 metros, debía de considerarse que era la de 500 metros y que dadas las anomalías referentes a preguntas formuladas en examen y que se encontraban fuera de programa se anulara el examen y se repitiera para poder optar a un ascenso y en fecha seis de abril de mil novecientos noventa y siete el actor formuló reclamación sobre la pregunta referida a cual era la distancia en que una señal de trayecto que es avanzada ha de presentar una visibilidad perfecta, en la que el Tribunal había dado por válida la contestación de 200 metros, cuando el reclamante consideraba que debía de considerarse la de 500 metros, interesando que se diera por buena su contestación y se dictara nueva resolución provisional, siendo desestimada por Resolución del Tribunal de fecha quince de abril de mil novecientos noventa y siete.- 6º) Que el actor formuló impugnación a la convocatoria de ascenso de fecha veinticinco de marzo de mil novecientos noventa y siete, en fecha doce de

abril de mil novecientos noventa y siete, sin que conste que haya recaído resolución alguna.- 7º) Que en fecha diez de abril de mil novecientos noventa y siete el Secretario Provincial del S.F. de CC.OO. impugnó la convocatoria en el ámbito de Orense de veinticuatro de marzo de mil novecientos noventa y siete, y lo mismo hicieron varios trabajadores, siendo aceptadas las reclamaciones y realizándose un nuevo examen.- 8º) Que en fecha nueve de mayo de mil novecientos noventa y siete tuvo lugar el preceptivo acto de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación, con el resultado de intentado sin efecto.”

**TERCERO.-** Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que desestimando la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario formulada por la representación del la Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles y don J.I.P.B. y la excepción de caducidad, formulada por este último y estimando la demanda formulada por don C.A.R., contra la Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles y don J.I.P.B., debía de declarar y declaraba que debe de otorgarse en el examen realizado una puntuación de 44,99 puntos al actor y de 43,44 puntos al codemandado don J.I.P.B. y adjudicar provisionalmente la plaza de Encargado de Sector Eléctrico de Instalaciones de Seguridad con residencia en Santiago al actor, dejando sin efecto la adjudicación realizada a favor del codemandado don J.I.P.B., condenando a los demandados a estar y pasar por esta declaración y a que la acaten y cumplan.”

**CUARTO.-** Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandados 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, desestimando la excepción de falta de litis consorcio pasivo necesario alegada por la representación de RENFE y don J.I.P.B. y la de caducidad formulada por este último, y estimando la demanda -sobre impugnación de concurso-, declaró que debe otorgarse en el examen realizado una puntuación de 44,99 puntos al actor y de 43,44 puntos al codemandado don J.I.P.B. y adjudicar provisionalmente la plaza de Encargado de Sector Eléctrico de Instalaciones de Seguridad con residencia en Santiago, al actor, dejando sin efecto la adjudicación realizada a favor del codemandado, condenando a los demandados a pasar por dicha declaración. Decisión judicial que es recurrida por el codemandado J.I.P.B. y por RENFE, quienes sin cuestionar los HDP,

denuncian en un único motivo, -sobre examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida- y con adecuado amparo procesal, respectivamente, infracción de la jurisprudencia y en concreto de la sentencia del TS de 20-marzo-1995 (RJ 3.553/95) y falta de litis consorcio pasivo necesario, alegando fundamentalmente que no cabe modificar el criterio de los Tribunales que realizan la calificación del concurso por parte de los Tribunales de Justicia, pues, de conformidad con la jurisprudencia citada, los Tribunales no pueden entrar a valorar los ejercicios de un concurso o prueba como la de autos existiendo razones teóricas y prácticas que justifican claramente el amplio poder concedido a los tribunales examinadores, cuando éstos tienen que valorar, a base sólo de conocimientos científicos o técnicos, el nivel de los participantes, a través de los ejercicios realizados dentro del propio proceso de las pruebas; poder que se ha venido considerando como una competencia técnica, necesitada en su desarrollo de un inevitable margen de discrecionalidad, no revisable dentro del núcleo esencial de la función que les ha sido asignada; discrecionalidad que se acepta como cosa irremediable, ya que, de lo contrario, se necesitaría constituir otro tribunal sobre el primero que, a su vez, suscitaría en sus decisiones, las mismas dudas y perplejidades, lo que atentaría al principio de seguridad jurídica y lo que en definitiva, ha hecho que constituya un auténtico dogma en materia de oposiciones y concursos la indiscutible soberanía de los tribunales a la hora de asignar sus calificaciones; y que en todo caso, se daba la excepción de falta de litis consorcio pasivo necesario, por no haber sido demandada y traída a proceso la Comisión de Empleo Provincial, que fue la que realizó la convocatoria con el fin de dar cumplimiento al Acuerdo nº 4, del Acuerdo Marco de Relaciones Laborales; y que debieron ser llamados los Sindicatos intervinientes, en concreto, UGT y CC.OO., al existir representantes de los mismos en el tribunal de exámenes, junto con otros representantes de RENFE y dado que aquéllos consideraron válida la respuesta dada por el codemandado y desatendieron en definitiva la reclamación del actor.

Como trámite previo, y al ser materia de orden público -apreciable incluso de oficio-, procede el examen de la excepción de falta de litis consorcio pasivo necesario. La que se rechaza, pues como acertadamente se razona, por el Magistrado de instancia, la Comisión de Empleo Provincial, no tiene personalidad jurídica independiente, por lo que aún cuando sea la que materialmente realiza la convocatoria, lo hace por remisión a la normativa sectorial, siendo, en consecuencia, responsable de la convocatoria la empresa empleadora. Por lo que respecta a los Sindicatos,

no participan como tales, ni en la convocatoria de plazas, ni en la redacción del programa, ni en la realización de las pruebas, sino que su participación se limita a designar los representantes que la normativa del sector les asigna en el Tribunal.

Entrando en el fondo del asunto, por la empresa RENFE se alega que no cabe modificar el criterio de los tribunales que realizan la calificación por parte de los Tribunales de Justicia, pues, se trataría de una materia de competencia técnica, necesitada en su desarrollo de un inevitable margen de discrecionalidad entendiendo que constituye un auténtico dogma en oposiciones y concursos la indiscutible soberanía de los tribunales a la hora de asignar sus calificaciones, salvo en casos límite en que pueda apreciarse desviación de poder; en tanto que por la parte actora, -hoy recurrida-, que impugnó la puntuación del concurso alega que la discrecionalidad del Tribunal Calificador no es absoluta, pues aparte de los supuestos de desviación de poder, también cabe la revisión jurisdiccional, en caso de error.

Aceptándose esta segunda conclusión, y ello en base, a que si bien el TS en la sentencia, que se dice infringida no hace otra cosa más que ratificar el tradicional criterio de discrecionalidad de los tribunales examinadores, no revisable jurisdiccionalmente, cuando juzgan unas pruebas con criterios técnicos y científicos, para lo que están totalmente y absolutamente facultados, la más moderna doctrina jurisprudencial, sentencias del TS Sala Tercera, de 12-junio-1996, 28-mayo-1996 y 29-septiembre-1997, admite la posibilidad de revisar la calificación de un tribunal examinador cuando se trata de evidenciar un error del mismo, que lógicamente no precisa de un conocimiento técnico-científico, como ocurre cuando se trata de aplicar unos baremos de puntuación a unas respuestas “tipo test” de las cuales sólo una es la correcta de las varias respuestas posibles a la cuestionada pregunta; así, en las citadas sentencias se señala: “Que una cosa es el núcleo material de la decisión técnica, reservado en exclusiva a las Comisiones Calificadoras y otra diferente sus aledaños, constituidos por la verificación de que se haya respetado la igualdad de condiciones de los candidatos y de los principios de mérito y capacidad de los mismos en el procedimiento de adjudicación de plazas y que solamente en los supuestos en que sea evidente el error padecido por la Comisión al verificar como correcta o incorrecta una respuesta, de modo que sea realmente inaceptable, con arreglo a los criterios de la sana crítica, admitir la tesis de la Comisión determinante de aquella valoración, resulta permisible que los Tribunales de Justicia puedan

llegar a la conclusión de que no han tenido en cuenta manifiestas condiciones de mérito del partícipe en los concursos y oposiciones o bien que se han computado favorablemente contestaciones manifiestamente equivocadas. Por lo que, teniendo en cuenta que en el presente caso nos encontramos en presencia de la impugnación de la respuesta a una pregunta clara, cuya respuesta se encuentra dentro del temario oficial publicado para la prueba y concretamente en la Instrucción Técnica nº 2 sobre normas de mantenimiento de señales luminosas”; resulta evidente y así lo entiende esta Sala, que nada se opone a que se pueda entrar a conocer sobre la corrección o incorrección de la decisión adoptada por el Tribunal Calificador.

SEGUNDO.- Esto sentado y dado que según ha quedado probado en el inalterado relato fáctico de HP, con fecha 25 de marzo de 1997 el actor solicitó que se aclarara en plantilla de corrección que la pregunta referida, “a cual era la distancia en que una señal de trayecto que es avanzada ha de presentar una visibilidad perfecta”, en la que el Tribunal, había dado por válida la contestación de 200 mts., cuando debía considerarse que la correcta era la de 500 mts. formulando con fecha 6-abril-1997, reclamación sobre la pregunta referida, interesando que se diera por buena su contestación, y que el resultado del examen a la plaza de Encargado del Sector Eléctrico de Instalaciones de Seguridad, con residencia en Santiago, debía ser rectificado, otorgándole la puntuación de 44,94 puntos y al codemandado de 43,49 puntos y que como consecuencia de la anterior declaración, debía efectuarse la adjudicación provisional de la expresada plaza a favor del demandante anulando y dejando sin valor ni efecto alguno la adjudicación efectuada a favor del codemandado Sr. P.B., y subsidiariamente para el supuesto de no estimarse las anteriores declaraciones, se declarase nula y sin valor y efecto alguno la convocatoria y examen realizado en La Coruña, ordenándose la repetición de las pruebas de examen; esta Sala entiende que al ser la repuesta dada a la pregunta formulada en el test, por parte del actor hoy recurrido, “cual es la distancia en que una señal de trayecto que es avanzada ha de presentar una visibilidad perfecta”; correcta, (que fue considerada como incorrecta por el Tribunal), en tanto que la respuesta dada por el codemandado, - fijando la distancia en 200 mts., (que el Tribunal consideró como correcta) incorrecta, como se desprende de la pág. 19 de la descripción nº 2 sobre normas de mantenimientos de señales luminosas denominada N.R.M.S. 5.000 que señala literalmente: “Estas condiciones son altamente amplias” y que la instrucción nº 163 exige que las señales de trayecto que son avanzadas de estación, presente una visibilidad

perfecta a 500 mts. antes de su emplazamiento, y las de entrada a estación a 200 mts.”, lo que implicaría la rectificación de las calificaciones y que a la puntuación obtenida por el actor, deban sumarse 1,5 puntos, en tanto que a la del codemandado debe restársele 1,5 puntos, obteniendo el primero una puntuación de 44,99 puntos, en tanto el segundo 43,44 puntos; por lo que procede de conformidad con lo razonado por el Magistrado de instancia, adjudicar provisionalmente la plaza de Encargado del Sector Eléctrico de Instalaciones de Seguridad en Santiago, al actor, dejando sin efecto, la adjudicación realizada a favor del codemandado, desestimando en consecuencia el recurso y confirmando íntegramente el fallo que se combate.

De conformidad con el art. 233 de la LPL, se imponen las costas del recurso a la empresa, en la que se incluyen los honorarios del Letrado de la parte impugnante del recurso, en la cuantía de 25.000 pesetas, así como a la pérdida del depósito constituido al que se dará el destino legal.

Por lo expuesto

#### **Fallamos**

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por RENFE y don J.I.P.B. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Núm. uno de Santiago, en fecha 17 de marzo de 1998, en autos nº 371/97, sobre IMPUGNACION DE CONCURSO, confirmándose íntegramente el fallo combatido. De conformidad con el art. 233 de la LPL, se imponen las costas del recurso a la empresa, en la que se incluyen los honorarios del Letrado de la parte impugnante del recurso, en la cuantía de veinticinco mil pesetas (25.000 pesetas), así como a la pérdida del depósito constituido al que se dará el destino legal.

## **2927 RECURSO Nº 5.245/99**

S. S.

**NON TEÑEN CARÁCTER DE CONVENIO COLECTIVO UN PROTOCOLO SINDICAL TRIPARTITO, RELATIVO Á DESIGNACIÓN DE DELEGADOS DE PREVENCIÓN.**

Ponente: Ilmo. Sr. Don Manuel Domínguez López

En A Coruña, a sete 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 nº 5.245/99, interpuesto por el letrado don P.P.C., en nombre y representación de la “CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA (C.I.G.)”, contra sentencia del Juzgado de lo Social nº dos de A Coruña.

#### **Antecedentes de hecho**

**PRIMERO.-** Que según consta en autos nº 344/99 se presentó demanda por la “CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA (C.I.G.)”, sobre designación de Delegados de Prevención, frente a las Centrales sindicales “UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (U.G.T.)” y “COMISIONES OBRERAS (CC.OO.)”, A LA “E.N.S.B.I.M., S.A.” al COMITÉ DE EMPRESA de la FACTORÍA de A CORUÑA, “E.N.S.B.I.M.”, a la FEDERACIÓN MINEROMETALÚRGICA de “COMISIONES OBRERAS”, a la “F.N.G.M.C.A.”, a don J.C.S., a don J.C.P.Z., a don J.J.V.V., a don J.L.R. y a don F.G.G. En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha dos 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.- El día 20.01.99 se celebró Reunión extraordinaria del Comité de Empresa de la fábrica de A Coruña de la “E.N.S.B.I.M., S.A.” a los efectos del nombramiento de Delegados de Salud laboral, siendo votadas las propuestas con el siguiente resultado: “propuesta U.G.T.: 8 a favor; 4 en contra y 0 abstenciones. Propuesta



C.I.G.: 3 a favor; 8 e contra y 1 abstenciones; Propuesta CC.OO.: 1 a favor; 8 en contra, y 3 abstenciones”, quedando aprobada por mayoría la propuesta presentada por la U.G.T. (don J.L.R., don F.G.G. y don J.C.P.Z.), según consta en Acta de la misma fecha, que se reproduce. SEGUNDO.- El 14.05.99 se procede a nombrar nuevos miembros del Comité de empresa, según se desprende del acta de la misma fecha, que se reproduce. TERCERO.- El día 31.05.99 se celebró Reunión Ordinaria del Comité de Empresa, cuya acta se reproduce, siendo votadas las propuestas sobre elección de Delegados de prevención del siguiente modo: “Propuesta de U.G.T., votos a favor 6, en contra 3. Propuesta de C.I.G. y CC.OO., votos a favor 3, en contra 6. Quedando aprobada la propuesta de U.G.T. por mayoría” (don J.C.S., don C.P.Z. y don J.C.V.V.). CUARTO.- Consta protocolo de Acuerdo de fecha 23.07.96 que se reproduce. QUINTO: La actora (C.I.G.) solicita en la demanda que se dicte sentencia por la que se reconozca el derecho de la actora a designar a don L.S.M. Delegado de Prevención en virtud de lo que se expone en los hechos 3º y 4º de la demanda, aclarada por escritos presentados el 05.07.99 y 06.07.99, todos los cuales se reproducen. SEXTO: Se celebró acto de conciliación ante el SMAC el día 24.03.99, con el resultado de “sin efecto”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por la CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA (C.I.G.) contra el SINDICATO U.G.T., el SINDICATO CC.OO., la “E.N.S.B.I.M., S.A.”, el COMITÉ DE EMPRESA FACTORÍA DE A CORUÑA, “N.S.B., la FEDERACIÓN MINEROMETALÚRGICA DE CC.OO., la FEDERACIÓN NACIONAL DE GALICIA METAL CONSTRUCCIÓN Y AFINES, y don J.C.S., don J.C.P.Z., don J.J.V.V., don J.L.R. y don F.G.G., debo absolver y absuelvo a los demandados de los pedimentos contenidos en aquélla. 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.- Recurre la central sindical actora CIG la sentencia de instancia que desestimó su demanda en reclamación del derecho a designar un Delegado de Prevención, en la empresa codemandada, nombramiento que postula a favor de L.S.M., y admitiendo el relato fáctico de dicha

resolución, en sede jurídica al amparo del art. 191.c) LPL denuncia como infringidos los arts. 1.088 y siguientes, y 1.254 y siguientes del Código Civil, en relación con el protocolo de acuerdo firmado entre la actora con UGT y CCOO, sindicatos codemandados. El recurso no ha sido impugnado de contrario y se funda en que habiéndose pactado por los tres sindicatos implicados y con representación en el Comité de Empresa de la mercantil codemandada, la elección de los Delegados de Prevención de forma proporcional, dicho pacto no se ha cumplido por la codemandada UGT que ha impuesto en la elección el criterio de la mayoría que ostenta, por lo que se insta el acogimiento de la demanda rectora y la condena de los codemandados para que se designe como delegado de prevención a L.S.M. por el sindicato demandante.

Para la resolución del litigio se ha de partir de los siguientes extremos: A) en la mercantil “E.N.S.B.I.M., SA” y en su centro de trabajo de A Coruña en las últimas elecciones sindicales celebradas resultaron elegidos seis delegados por UGT, dos por CIG y uno por CCOO; B) El 31.05.99 el comité de empresa, procedió a la elección de los Delegados de Prevención, (tres) siendo elegidos tres miembros de UGT, con los votos de dichos delegados sindicales rechazándose la propuesta de los otros dos sindicatos que no obtuvieron representación alguna; C) El 23.07.96 se celebró entre los tres sindicatos señalados, un protocolo a nivel Autonómico en el cual se pactó que la elección de delegados de Prevención en empresas de mas de 101 trabajadores, se garantizaría al menos la asignación de un delegado para cada uno de los tres sindicatos y que el resto de delegados a elegir se asignarían proporcionalmente a los representantes de cada sindicato en el comité de empresa; D) La mercantil codemandada cuenta con una plantilla de mas de doscientos trabajadores; E) El Sr. S.M. no consta que forme parte del comité de empresa de la mercantil codemandada, ni que ostente la condición de delegado sindical.

SEGUNDO.- Centrado así el debate la cuestión a resolver consiste en determinar, en primer lugar, cual es el criterio que ha de seguirse para la elección de los Delegados de Prevención si el de mayorías o el de proporcionalidad, y en segundo lugar que incidencia produce en el sistema el Protocolo firmado entre las tres centrales sindicales intervinientes, el 23.07.96.

En cuanto a la primera cuestión, si bien esta Sala se pronunció a favor del criterio de la proporcionalidad para la designación de los delegados de Prevención en su S. 16.09.98

(AS 1998\2.805) y en similar sentido lo hizo la STSJ de Cantabria 06.08.1999, STSJ de Aragón de 12.03.97 y STSJ de Murcia de 16.07.97, el criterio que ha de seguirse es el señalado por las STS de 03.12.97, 15.06.98 y ratificado en STS de 14.06.1999, en esta última teniendo a la vista el Protocolo firmado a nivel Nacional por las codemandadas CCOO y UGT el 01.03.96 según el cual para la elección de los Delegados de Prevención previstos en la L. 31/95 de 8 de noviembre, al objeto de obtener la máxima representación posible, “es indispensable garantizar... que en todos los comités de empresa en que tengan representación, cada uno obtenga al menos un Delegado, tendiendo a la paridad” -protocolo este, que es trasunto del firmado a nivel autonómico por dichos sindicatos con el ahora accionante-, doctrina esta que excluye la aplicación de la regla de proporcionalidad en la elección de los Delegados de Prevención, por cuanto dicha proporcionalidad no surge de lo normado en los arts. 34 y 35, ni 38 -para la elección del Comité de Seguridad y Salud-, de la citada LPRI entendiendo dicho Alto Tribunal que dicha elección constituye una excepción al principio de proporcionalidad, sin perjuicio de que por Convenio Colectivo pueda establecerse un sistema distinto de elección de dichos Delegados, consecuentemente el primer aspecto de la cuestión ha de resolverse en tal sentido.

En cuanto a la incidencia del Protocolo indicado, debemos partir del hecho de que tal Protocolo no constituye un convenio colectivo conforme a la definición que de tal norma efectúa el art. 82.1 LET (pacto entre representantes de trabajadores y empresarios), por cuanto en dicho Protocolo ninguna intervención ha tenido la representación empresarial, ello conlleva en primer lugar que tal pacto no puede modificar lo establecido en los arts. 34 y 35 LPRI en el aspecto relativo a electores y elegibles como Delegados de Prevención, esto es sólo puede acceder a la Condición de Delegado quien forme parte del Comité de Empresa por lo que la propuesta de la parte actora de nombrar para tal puesto a quien no forma parte de tal comité no puede ser acogida, y en cuanto al sistema de elección ha de imponerse, en principio el criterio de mayorías excluyéndose la regla de proporcionalidad, por cuanto dicha regla sólo puede ser impuesta a medio de norma convencional y el indicado Protocolo no alcanza tal rango.

Por último indicar que si bien dicho Protocolo pudiera calificarse de contrato a tenor de lo dispuesto en el art. 1.254 del Código Civil, precepto que se denuncia como infringido, no cabe olvidar que los pactos en el mismo establecidos no tienen prevista sanción alguna para el supuesto de incumplimiento por alguna de

las partes, a mayor abundamiento resulta que de su literalidad no puede extraerse la conclusión que pretende la parte actora de que inexorablemente deba llevarse a cabo el reparto de Delegados de Prevención en los términos que propone, sino que ese tal Protocolo relata una voluntad o intención de alcanzar tal resultado para lo cual “se pondrán de acuerdo” los sindicatos firmantes, lo que implica la posibilidad de que no se alcance tal acuerdo sin que para este supuesto -como el ahora debatido-, se establezcan sanciones; hasta tal punto puede decirse que el citado Protocolo, no es un contrato vinculante a todos los efectos, sino una manifestación de intenciones y de métodos de actuación conjunta para el futuro, que textualmente se establece que “para llevar adelante el presente acuerdo, se articulara la coordinación oportuna a nivel Provincial..., se llevara a cabo un seguimiento de la evolución del proceso de elección de los Delegados de Prevención, para lo cual se constituye una Comisión tripartita”, es decir que el indicado Pacto no es inmediatamente ejecutivo, de forma directa y por sí mismo sino que necesita de un desarrollo posterior mediante la coordinación a nivel Provincial, mediante la constitución de una Comisión tripartita, desarrollo que no consta que fuera llevado a término, consecuentemente no incurre la resolución recurrida en los vicios imputados, procediendo la confirmación de la misma y la 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 LA CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA (CIG) contra la sentencia dictada el 02.10.99 por el Juzgado de lo Social nº 2 de A Coruña, en autos Nº 344/99 seguidos a su instancia contra SINDICATO UGT, SINDICATO CCOO, “E.N.S.B.I.M., S.A.”, COMITÉ DE EMPRESA FACTORIA DE A CORUÑA, “N.S.B.”, FEDERACIÓN MINERO METALURGICA DE CCOO, “F.N.G.M.C.A.”, J.C.S., J.C.P.Z., J.J.V.V., J.N.L.R. y F.G.G., resolución que se mantiene en su integridad.

## 2928 RECURSO Nº 808/00

S. S.

EXTINCIÓN VÁLIDA DE CONTRATO POR CUMPRIMENTO DE CONDICIÓN RESOLUTORIA, QUE DETERMINA A INEXISTENCIA DE DESPEDIMENTO NULO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Ricardo Ron Curiel

A Coruña, a sete 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. 808/00, interpuesto por Empresa “E., S.A.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Ferrol.

### Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña R.M.C.A. en reclamación de despido, siendo demandado Empresa “E., S.A.”, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 117/99 sentencia con fecha 2 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: “1. La relación laboral de la actora con la empresa demandada “E., S.A.”, se inicia a medio de contrato escrito, de fecha 16 de agosto de 1994, con efectos del mismo día, prestando servicios desde entonces en el Complejo Hospitalario “A.M.-P.N.S.” de Ferrol, dependiente del Sergas, siendo su profesión de limpiadora, categoría peón, y la jornada a tiempo parcial (20 horas semanales) siendo la ordinaria del Convenio Colectivo 39 h. y la del centro de trabajo 37,5 horas semanales (1.624 anuales); percibiendo una remuneración mensual de 93.700 ptas. (incluido el prorrateo de pagas extras), y no ostentando la representación legal ni sindical de los trabajadores.- 2.- El contrato de trabajo firmado, se califica como de “Duración determinada” señalándose en la cláusula cuarta: “El contrato de duración determinada se celebra para la sustitución de la trabajadora doña M.L.M.G. que se encuentra en situación de I.L.T. y su duración

será desde el 16.08.94 hasta que se incorpore la persona sustituida y en todo caso mientras esta tenga derecho a reserva del puesto de trabajo, extinguiéndose por lo tanto, este contrato de pleno derecho, el día en el que se produzca dicha incorporación, no obstante, ambas partes de común acuerdo convienen que si doña L.M.G. no llegara a incorporarse a su puesto de trabajo o por cualquier circunstancia se extinguiese la relación laboral con la empresa, el presente contrato quedará por tal causa, asimismo finalizado”.- 3.- Doña L.M.G., prestaba servicios para la demandada “E., S.A.”, con jornada a tiempo completo y en turno fijo por las tardes. En fecha 10.08.94 inicia un proceso de incapacidad temporal por enfermedad común agotando el período máximo de 18 meses el 09.02.96. En fecha 03.04.96 se le prorrogan los efectos de la incapacidad temporal por otros seis meses. Fue declarada afecta de invalidez permanente total por Resolución de la Dirección Provincial del I.N.S.S. de fecha 13 de diciembre de 1996 con efectos de 23.10.96. En fecha 6 de agosto de 1998 el INSS dicta Resolución por la que causa baja a la actora en la IPT que venía percibiendo con efectos de 31.08.98 por mejoría de su patología y contra la que se interpuso la preceptiva Reclamación Previa en vía administrativa y posterior demanda judicial recayendo sentencia en fecha 30.12.98 autos 470/98 del Juzgado de lo Social nº 1 de Ferrol en la que se declaraba el derecho de doña L.M.G. a seguir en situación de IPT con efectos de 01.09.98. Por providencia de 26 de enero de 1999 se declaró firme dicha Sentencia. El INSS por Resolución de fecha 26.02.99 procede al abono de la IPT en cumplimiento de lo dispuesto en Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 autos 470/98 haciendo constar que dicha prestación podrá ser revisada por agravación o mejoría transcurridos 12 meses contados a partir de la notificación.- 4.- Al amparo de la I.L.T. de doña L.M.G. la empresa procedió también con la misma causa a la contratación de doña J.L.P. a tiempo parcial con jornada semanal de 20 horas, la cual en fecha 01.06.98 se le ha convertido el contrato de duración determinada, en indefinido a tiempo completo siguiendo la actora con el mismo contrato de sustitución de la trabajadora doña M.L.M. y jornada de 20 horas semanales.- 5.- A lo largo de la relación laboral, básicamente y de modo generalizado en el último año prestó los servicios formalmente contratados por escrito, en el turno de mañana de 7 a 11 o de 10 a 14 horas, si bien, a instancia de la empresa, prestaba también sus servicios en jornada de noche de 22 a 7 horas.- 6.- A lo largo de la relación laboral, desde agosto de 1994, tuvo dos embarazos malogrados, el primero en 1997 y el segundo en 1998, causando las correspondientes bajas por I.T. (01.05.97 a 09.06.97 por el primero así como desde 26.02.98 a 20.04.98 por el segundo).

Encontrándose de nuevo actualmente embarazada, a finales de diciembre pasado le comunicó a la empresa que debido a tal estado, deseaba prescindir de las horas extras nocturnas que, estaba efectuando a lo que la encargada le manifestó que de estar ella embarazada tampoco haría las horas y sin que la empresa le pusiese impedimento alguno para no hacer las horas.- 7.- A medio de carta de fecha 26 de enero de 1999 se le comunica: “Por la presente, ponemos en su conocimiento, que el próximo 31.01.99, finalizará el contrato de sustitución que tenía concertado con esta empresa en aplicación de la cláusula cuarta del mentado contrato. Al haber pasado a la situación de invalidez permanente según sentencia judicial, la trabajadora de esta Empresa a la que estaba sustituyendo, doña M.L.M.G., por lo que definitivamente no se incorporará a su puesto de trabajo. Con tal motivo en esta misma fecha, causará baja en nuestra plantilla”.- 8.- El Sergas tiene contratado los servicios de limpieza y desinfección en los Centros del C.H “A.M.-P.N.S.” de Ferrol a medio de contrato administrativo y previa la adjudicación por el procedimiento de concurso a la Empresa “E., S.A.”- 9.- El día 5 de marzo de 1999 se celebró el acto de conciliación administrativo con el resultado de SIN EFECTO”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que, debo estimar y estimo íntegramente las pretensiones de la demanda, y califico como nulo el despido objeto de este proceso y condeno a la empresa “E., S.A.” a que readmita inmediatamente a doña R.M.C.A. en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido y condeno asimismo a la parte demandada a que satisfaga a la actora los salarios que no haya percibido desde la fecha del despido, tomándose en consideración a tal efecto el salario que se estima acreditado en Hecho Probado 1º”.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte codemandada Empresa “E., S.A.”, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

#### Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima íntegramente las pretensiones de la demanda, calificando como nulo el despido objeto del proceso y condena a la empresa demandada a que readmita inmediatamente a la actora en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, condenando, asimismo, a la parte demandada a que satisfaga a la actora los salarios que no haya percibido desde la fecha del despido, teniendo en cuenta el salario que fija en

el hecho probado 1º. Este pronunciamiento se impugna por la representación procesal de la empresa demandada, “E., S.A.”, la que construye el recurso que formula a través de un solo motivo de Suplicación, en el que, con cobertura en el art. 191, letra c), de la Ley Procesal Laboral, achaca a la resolución que combate infracción del art. 15.7 del Estatuto de los Trabajadores -redactado por Ley 32/1984, que en el texto vigente se corresponde con el art. 15.3-, por aplicación indebida del mismo, en relación con lo dispuesto en el art. 4 del Real-Decreto 2.104/84 de 21 de noviembre; por estimar, esencialmente, que frente a las afirmaciones de la demanda de que la extinción de la relación laboral de la actora era un despido represivo por la negativa a hacer horas extras y discriminatorio por razón de sexo, en la sentencia recurrida -fundamentos de derecho segundo y tercero- se hacen diversas consideraciones -que la recurrente transcribe literalmente-, sobre tales extremos y acerca de la reserva del puesto de trabajo de la persona sustituida por la actora; añadiendo que en la sentencia de instancia a pesar de considerar formalmente correcto el cese de la actora, se considera como despido nulo el cese de la misma al entender que el contrato de sustitución fue suscrito en fraude de ley, por lo que el recurso se dirige a poner de manifiesto el error de la juzgadora al aplicar la norma según la cual se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley; sin indicar con claridad en fraude de que norma se suscribió el contrato con la actora, y la norma del Estatuto de los Trabajadores, que por la recurrente se estima infringida, se limita a establecer una presunción “iuris tantum” que admite prueba en contrario, y en el caso presente ha quedado acreditada la naturaleza temporal del contrato de interinidad de la demandante para sustitución de la trabajadora M.L.M.G. que estaba en situación de I.L.T.; recogiendo por la magistrada de instancia en el fundamento de derecho quinto de su resolución que son dos las cuestiones que, a su juicio, determinan la existencia del fraude de ley: una, que se haya contratado a dos trabajadoras por 20 horas semanales cada una para sustituir a una trabajadora con jornada semanal de 37'5 horas, y otra, el mantener el contrato de sustitución en defecto de jornada y por solo 20 horas semanales cuando en fecha 01.06.98, a una de las trabajadoras contratadas por sustitución se le hace trabajadora a tiempo indefinido; considerando la recurrente que la primera de las cuestiones es de escasa relevancia y, en todo caso, implicaría una simple irregularidad o error administrativo, que no desvirtuaría la naturaleza temporal del contrato, y que la duración de la jornada habitual, fijada en el hecho probado primero, se refiere a la situación actual, en el momento de celebración



del juicio, no a la existente en el momento de contratarse a la actora, que es la que realmente interesa; cita a continuación el art. 57.1 de la Orden de 05.07.71 - Estatuto de Personal no Sanitario en Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social-, manifestando que la jornada legal que correspondía a la trabajadora sustituida que, como se indica en el punto 3 de hechos probados, prestaba servicios en jornada completa y en turno fijo por las tardes, era de 40 horas semanales el año 1994; manteniéndose dicha jornada hasta el año 1966 en que se publica en el DOG de 16.02.96, resolución de 26 de enero anterior, en la que se establece la jornada máxima anual, en lugar de la semanal, fijándola en 1.624 horas para todo el personal del SERGAS y de aquellos colectivos, como el personal del servicio de limpieza, equiparados a aquél; estimando la recurrente que en agosto de 1994 la jornada máxima que le correspondía a la trabajadora sustituida era de 40 horas semanales, por lo que fue correcta la contratación de dos personas para sustituirla, a razón de 20 horas semanales; y en cuanto a la segunda de las cuestiones, la relativa al mantenimiento del contrato de sustitución en defecto de jornada y por solo 20 horas cuando en fecha 01.06.98 a una de las trabajadoras contratadas por sustitución se le hace trabajadora a tiempo indefinido, no cabe hablar de fraude de ley, ya que al no existir éste en el momento de la celebración, no puede apreciarse el mismo con posterioridad, y un contrato de sustitución puede considerarse indefinido en los supuestos del art. 4 del Real Decreto 2.104/84, pero no en el de autos, pues el contrato de la demandante seguía conservando su naturaleza temporal aunque la otra trabajadora contratada al mismo tiempo hubiese sido convertida en fija, dentro del cupo del centro hospitalario, y nada obligaba a plantear una novación en el contrato de sustitución de la demandante.

SEGUNDO.- Con carácter previo al estudio del recurso que formula la parte demandada, deben analizarse las alegaciones vertidas por la parte actora, en su escrito de impugnación, como cuestión previa, de que el recurso no fue planteado en tiempo y forma, existiendo defectos insubsanables que deben motivar la inadmisión del mismo, decretándose la firmeza de la sentencia recurrida, ya que por el Juzgado de lo Social se aplicó erróneamente la normativa contenida en los arts. 193.1, 2 y 228 de la Ley Adjetiva Laboral; haciendo referencia a las vicisitudes procesales posteriores a la notificación de la sentencia, concretando las resoluciones recaídas, recursos interpuestos y fechas de todo ello; por lo que estima que el recurso de Suplicación que ahora se resuelve ha sido interpuesto extemporáneamente y con inobservancia de la forma legalmente establecida,

al no haberse consignado el importe de la condena. El reproche no puede compartirse, ya que las presuntas infracciones procesales han quedado solventadas, por el auto de fecha 7 de octubre de 1999, en cuanto resuelve -quizá de modo no muy ortodoxo- "...habiéndose acreditado que el recurrente ha hecho efectivas al actor dichas cantidades no procede subsanar dicho defecto procesal ni tener por inadmitido el recurso de Suplicación interpuesto"; resolución confirmada por el Auto de fecha 19 de noviembre siguiente, resolutorio del recurso de reposición interpuesto contra el auto anterior, cuya parte dispositiva reitera lo manifestado en el recurrido en el sentido de que se tiene por subsanada la falta de consignación de salarios de tramitación, procediendo la tramitación del recurso de Suplicación contra la sentencia de autos. De este modo, habrá de entenderse subsanada, como reza la última resolución, la falta de consignación de salarios, y, al propio tiempo la demora en la formalización del recurso, provocada por los trámites que queda referidos.

TERCERO.- Salvado el obstáculo antedicho y entrando en el análisis de la temática planteada en el recurso, la misma está centrada en determinar si el cese de la trabajadora demandante, acordado por la empleadora demandada, es constitutivo de despido nulo, como se proclama en la sentencia recurrida, o si, por el contrario, es ajustado a derecho, consecuencia de la cláusula de temporalidad estipulada en el contrato que unía a los litigantes, como sostiene la recurrente. Para ello habrá de partirse de la situación de hecho sometida a enjuiciamiento, que no es otra que la descrita en el incombato relato fáctico de la sentencia suplicada, del que se desprende que: A) La demandante inició la prestación de servicios para la empresa demandada el 16 de agosto de 1994, a medio de contrato escrito, en el centro de trabajo Complejo Hospitalario "A.M.-P.N.S.", de Ferrol, dependiente del SERGAS, siendo su profesión de limpiadora, categoría de peón, y jornada a tiempo parcial, veinte horas semanales, siendo la ordinaria del Convenio de treinta y nueve horas y la del centro de trabajo de treinta y siete horas y media semanales (1.624 anuales) y percibiendo como retribución mensual 93.700 pesetas, incluido el prorrateo de pagas extras; no ostentando representación legal ni sindical de los trabajadores. B) La cláusula cuarta del contrato de trabajo dice: "El contrato de trabajo firmado, se califica como de "Duración determinada" señalándose en la cláusula cuarta: "El contrato de duración determinada se celebra para la sustitución de la trabajadora doña M.L.M.G. que se encuentra en situación de I.L.T. y su duración será desde el 16.08.94 hasta que se incorpore la persona sustituida y en todo caso mientras esta tenga derecho a reserva del puesto de trabajo,

extinguíndose por lo tanto, este contrato de pleno derecho, el día en el que se produzca dicha incorporación. No obstante, ambas partes de común acuerdo convienen que si doña L.M.G. no llegara a incorporarse a su puesto de trabajo o por cualquier circunstancia se extinguiese la relación laboral con la empresa, el presente contrato quedará por tal causa, asimismo finalizado". C) La trabajadora sustituida, M.G., que prestaba servicios para la patronal demandada, con jornada a tiempo completo y en turno fijo por las tardes, inició, el 10 de agosto de 1994, un proceso de incapacidad temporal, por enfermedad común, agotando el periodo máximo de duración y la prórroga de seis meses que le fue concedida, siendo declarada afecta de incapacidad permanente total por resolución de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 13 de diciembre de 1996, con efectos de 23 de octubre anterior, y en fecha 6 de agosto de 1998, en nueva resolución del nombrado Instituto se acuerda la baja de la nombrada trabajadora -no de la actora como, por error, se dice en el hecho probado número 3- en la incapacidad permanente total que venía percibiendo, con efectos del día 31 de dicho mes de agosto, por mejoría de su patología; interponiendo reclamación previa y posterior demanda, que dio origen a los autos núm. 470/98 del Juzgado de lo Social número uno de Ferrol, en los que recayó sentencia, con fecha 30 de diciembre de 1998, declarando el derecho de la repetida trabajadora, M.G., a seguir en situación de incapacidad permanente total, con efectos de 1 de septiembre de 1998; dicha sentencia fue declarada firme por providencia de fecha 26 de enero de 1999; procediendo la Entidad Gestora, en resolución de 26 de febrero siguiente, en cumplimiento de la sentencia, al abono de la prestación, haciendo constar que la misma podrá ser revisada, por agravación o mejoría, transcurridos doce meses, contados a partir de la notificación. D) Con motivo de la baja de la trabajadora L.M.G., la empresa también contrató a la codemandada J.L.P., a tiempo parcial y con jornada semanal de veinte horas, a la que, con fecha 1 de junio de 1998, se le ha convertido el contrato de duración determinada en indefinido, a tiempo completo; siguiendo la actora con el mismo contrato de sustitución de la tan nombrada trabajadora M.G. y jornada de veinte horas semanales. E) La demandante ha venido prestando sus servicios, básicamente y de modo generalizado en el último año, en el turno de mañana de 7 a 11 ó de 10 a 14 horas, si bien, a instancia de la empresa, prestaba también servicios en jornada de noche, de 22 a 7 horas. F) Desde su contratación, la demandante tuvo dos embarazos malogrados, el primero en 1997 y el segundo en 1998, causando las correspondientes bajas por incapacidad temporal, de 1 de mayo a 9 de junio de 1997, por el primero y desde el 26 de

febrero al 20 de abril de 1998; encontrándose de nuevo embarazada, a finales de diciembre de 1998, la actora le comunicó a la empresa que, debido a tal estado, deseaba prescindir de las horas extras nocturnas que estaba efectuando, a lo que la encargada le manifestó que de estar ella embarazada tampoco haría las horas y sin que la empresa la pusiese impedimento alguno para no hacer las horas. G) En carta de fecha 26 de enero de 1999, la empresa participa a la demandante: "Por la presente, ponemos en su conocimiento, que el próximo 31.01.99, finalizará el contrato de sustitución que tenía concertado con esta empresa en aplicación de la cláusula cuarta del mentado contrato. Al haber pasado a la situación de invalidez permanente según sentencia judicial, la trabajadora de esta Empresa a la que estaba sustituyendo, doña M.L.M.G., por lo que definitivamente no se incorporará a su puesto de trabajo. Con tal motivo en esta misma fecha, causará baja en nuestra plantilla". H) Los servicios de limpieza y desinfección en los centros del Complejo Hospitalario "A.M.-P.N.S.", de Ferrol, los tiene contratados el Servicio Galego de Saúde, en régimen administrativo y previa adjudicación por el procedimiento de concurso a la empresa codemandada.

La situación que queda descrita habrá de conducir a compartir el reproche jurídico a que el recurso se contrae, por las siguientes consideraciones: 1ª.- El juzgador de instancia, como por éste se razona en el fundamento de derecho quinto de su resolución, estima que la verdadera cuestión a analizar en el caso objeto de debate es el de fraude de ley, estimando la existencia del mismo, por dos razones: una, por haberse contratado a la demandante y a J.L.P., por veinte horas semanales, a cada una de ellas, para sustituir a M.L.M.G., la que tenía jornada semanal de treinta y siete horas y media, y otra, que a J.L.P., el 1 de junio de 1998, se le convierte el contrato de duración determinada -a tiempo parcial, con jornada semanal de veinte horas- en indefinido a tiempo completo, mientras que la actora sigue con el mismo contrato de sustitución y jornada de veinte horas semanales. Mas, tal criterio no lo comparte la Sala, ya que es reiterado criterio jurisprudencial que los derechos han de entenderse ejercitados, por elemental seguridad jurídica, conforme al fin para el que han sido reconocidos y quien alega el fraude de ley habrá de demostrar inequívocamente la existencia de discordancia entre el fin del acto jurídico y el de la norma, poniendo de manifiesto un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, sin que, al respecto, tengan validez las meras suposiciones o sospechas -sentencias del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1989 y 6 de julio de 1990, entre otras; doctrina seguida por esta Sala en

sentencias de 10 de outubro de 1991, 16 de marzo de 1993, 12 de maio de 1994, 20 de outubro de 1995 y 29 de enero de 1996-; y en el caso concreto que agora se resolve, si la demandante ha realizado una jornada que excedía en su duración a la jornada que correspondía, simplemente por ello no se puede apreciar la existencia de fraude de ley, ya que tal situación sería productora de otras consecuencias legales, aunque siempre conservando el contrato su plena validez y eficacia. Por ello, no puede subsumirse la situación litigiosa dentro de lo normado en el art. 6.4 del Código civil y, en consecuencia, debe rechazarse la calificación de fraudulenta a la contratación que ha vinculado a la demandante con la empresa que recurre. 2ª.- El contrato de trabajo que ha vinculado a la demandante con la empresa recurrente, tanto por aplicación de la estipulado en su cláusula cuarta, cuanto por aplicación del art. 15.1.c) del Estatuto de los Trabajadores y del art. 4 del Real Decreto 2.194/84, de 21 de noviembre, a cuyo amparo fue concertado, era de duración determinada, habiendo llegado a su término cuando se extinguió el derecho de la trabajadora sustituida a reserva de su puesto de trabajo, lo que aconteció al dictarse por el juzgado número uno de Ferrol la providencia de fecha 26 de febrero de 1999, declarando firme la sentencia de fecha 30 de diciembre de 1998, que declaró el derecho de la trabajadora sustituida a continuar en situación de incapacidad permanente total, y haber transcurrido el plazo señalado en el art. 48, nº 2, del Estatuto de los Trabajadores. 3ª.- Si la empresa comunicó a la demandante, el mismo día de la fecha de la providencia antes mencionada, la finalización del contrato, en aplicación de la cláusula cuarta del mismo, al haber pasado a la situación de invalidez permanente, según sentencia judicial, la trabajadora a la que la actora estaba sustituyendo, evidente es que no se está en presencia de un acto de despido sino ante una causa legalmente prevista de extinción del contrato, en aplicación de lo dispuesto en los arts. 49.1.b) del Estatuto de los Trabajadores y 4.2.b) del Real Decreto 2.104/84, de 21 de noviembre; de ahí que la decisión de la empleadora de dar por terminada la relación jurídico-contratual que la vinculaba con la demandante resulta plenamente conforme al ordenamiento jurídico y mas concretamente a la normativa que queda invocada.

CUARTO.- Por todo lo que queda expuesto, procede estimar el recurso y dictar un pronunciamiento revocatorio del suplicado y, en definitiva, desestimatorio de la pretensión deducida en la demanda; con las consecuencias previstas en el art. 201.1 de la Ley Rituaria Laboral. En consecuencia,

## Fallamos

Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación procesal de la empresa “E., S.A.” contra la sentencia de fecha dos de julio de mil novecientos noventa y nueve, dictada por el Juzgado de lo Social número dos de Ferrol, en proceso por despido promovido por doña R.M.C.A., frente a la recurrente, el Servicio Galego de Saúde, doña J.L.P. y doña M.L.M.G., debemos revocar y revocamos la sentencia recurrida, y con desestimación de la demanda rectora del debate absolvemos a los demandados de cuantas peticiones se formulan en el escrito inicial del proceso. Hágase devolución a la recurrente del depósito necesario que ha constituido para recurrir y de la consignación que ha efectuado.

## 2929 RECURSO Nº 992/00

S. S.

INEXISTENCIA DE DESPEDIMIENTO NULO, Ó NON ACREDITÁRENSE INDICIOS DE DISCRIMINACIÓN SINDICAL.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Rafaela Horcas Ballesteros

A Coruña, a siete 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. 992/00, interpuesto por don J.M.P.R. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de A Coruña.

## Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don J.M.P.R. en reclamación de despido, siendo demandado, “E.E.C., S.A.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 812/99 sentencia con fecha 13 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 prestó servicios para la demandada desde el 7 de octubre de 1993, con la

categoría de mozo y percibiendo un salario mensual prorrateado de 104.729 ptas.- SEGUNDO.- Con fecha 10 de setiembre de 1999 la empresa le comunica su despido alegando literalmente disminución voluntaria y continuada en el rendimiento del trabajo pactado.- No queda acreditada la causa alegada para el despido.- TERCERO.- El actor es afiliado a la Central Sindical CUT. Dicha central surge a principios de año como consecuencia de diferencias con la Central Sindical CIG, afiliándose a la misma varios trabajadores y concretamente el presidente y un vocal del Comité de Empresa que testificaron en el acto de juicio. El cambio de afiliación fue comunicado a la empresa en marzo pasado.- CUARTO.- La Inspección de Trabajo ha llevado a cabo distintas inspecciones a instancia de miembros de la Central Sindical CIG.- No se acredita una especial labor sindical del actor ni que la empresa fuera conocedora de su condición de afiliado a la central sindical señalada.- QUINTO.- Se ha celebrado acto conciliatorio previo sin efecto por incompetencia de la empresa, al haber llegado 7 minutos tarde sobre la hora prevista, negándose el trabajador a la celebración de nuevo acto conciliatorio.- SEXTO.- El Comité de Empresa está formado por miembros de CIG, UGT y CCOO.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que estimando la demanda formulada por don J.M.P.R. declaro la improcedencia de su despido y condeno a la empresa “E.E.C., S.A.”, a que a su elección, que ha de efectuarse en el plazo de cinco días, lo readmita en su puesto y condiciones de trabajo o lo indemnice con la cantidad de novecientas treinta mil novecientas cuarenta pesetas (930.940 ptas), 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 223.421 pesetas”.

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.- Se interpone recurso de Suplicación contra la Sentencia de fecha 13 de diciembre de 1999 del Juzgado de lo Social N°3 de A Coruña, seguido a instancia de don J.M.P.R. contra la empresa “E.E.C., SA”, por el propio actor, basándose el mismo, en primer lugar, amparado en el art. 191.b) de la LPL en la revisión de los hechos declarados probados en la Sentencia, concretamente el hecho probado primero, el cual

dice: “El actor prestó servicios para la demandada desde el 7 de octubre de 1993, con la categoría de mozo y percibiendo un salario mensual prorrateado de 104.729 ptas.”, para que se sustituya lo referente al salario, por “116.553 ptas.”, basándose para ello en las nóminas aportadas en las actuaciones como prueba documental. Considera el actor, que el Magistrado de instancia erróneamente ha recogido como hecho probado el salario mensual de 104.729, acogiendo el salario mensual medio del último año, sin tener en cuenta que hasta el mes de abril el contrato de trabajo del actor era a tiempo parcial, en el que sólo trabajaba doce días al mes. Por lo tanto la modificación que se pretende por el actor sería la media de los meses de mayo, junio, julio y agosto, cantidad ésta que ascendería a 116.553.

Efectivamente, es la última nómina recibida por el trabajador la que se tendrá en cuenta a efectos de fijar el salario mensual. No haciéndose media con la de meses anteriores al incluir conceptos que no entran dentro de la definición de salario. Estimándose parcialmente el motivo del recurso se fija como salario mensual 112.351 ptas. (cantidad bruta sin deducción).

SEGUNDO.- Al Amparo del art. 191.c) de la LPL, alega el actor recurrente infracción del art. 55.5 del ET, así como las Sentencias del Tribunal Constitucional de 22 de junio de 1989 y 14 de febrero de 1992, por considerar que existen indicios suficientes de la existencia de un móvil contrario a derecho fundamental, el de la libertad sindical. Sin embargo teniendo en cuenta que el hecho probado cuarto de la Sentencia, cuya modificación no ha sido instada por el recurrente, viene a decir: “No se acredita una especial labor sindical del actor ni que la empresa fuera conocedora de su condición de afiliado a la central sindical señalada”, con lo cual el Magistrado de instancia, al cual le incumbe la valoración de la prueba, no ha considerado probado que existiese en el despido un móvil atentatorio contra los derechos fundamentales, y en concreto la libertad sindical. Por ello se desestima el motivo del recurso

Se alega también infracción del art. 56.a) y b) del ET por considerar mal calculados los salarios de tramitación y la indemnización, a este respecto hay que ponerlo en referencia con lo dispuesto en el motivo anterior del recurso, con lo cual se estima el motivo parcialmente considerando que le corresponde una indemnización de 1.011.158,5 ptas., así como 352.030 ptas. por salarios de tramitación.



**Fallamos**

Que estimando parcialmente el recurso de Suplicación interpuesto por don J.M.P.R. contra la sentencia de fecha 13 de diciembre de 1999 del Juzgado de lo Social nº 3 de A Coruña, y en consecuencia se revoca el fallo de la sentencia en lo que se refiere a la cantidad fijada de indemnización en 1.011.158,5 ptas., así como en lo que se refiere a los salarios de tramitación que se fijan en 352.030 ptas., confirmando en todo lo demás la misma

**2930 RECURSO Nº 1.052/00**

S. S.

**INTERPRETACIÓN DE CLÁUSULAS DE CONVENIO COLECTIVO SOBRE DESCANSO SEMANAL.**

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio González Nieto

A Coruña, a siete 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. 1.052/00 interpuesto por XUNTA DE GALICIA-CONSELLERÍA DE SANIDAD Y SERVICIOS SOCIALES contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de Vigo.

**Antecedentes de hecho**

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña M.C.G.M., como Secretaria del Comité Provincial de la Delegación de Sanidad y Servicios Sociales de Pontevedra UGT en reclamación de CONFLICTO COLECTIVO siendo demandado XUNTA DE GALICIA-CONSELLERÍA DE SANIDAD Y SERVICIOS SOCIALES en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 632/99 sentencia con fecha doce de noviembre de mil novecientos noventa y nueve por el Juzgado de referencia que estimó parcialmente la demanda.

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

“PRIMERO.- Con fecha 26.10.99 se presenta demanda de conflicto colectivo por la Secretaría del Comité Provincial de la delegación de Sanidad y Servicios Sociales de Pontevedra del sindicato UGT, habiéndose acordado la presentación de la correspondiente demanda, en reunión del Pleno del Comité de 07.09.99. Se solicita se declare el incumplimiento de la normativa sobre calendario laboral con respecto a los auxiliares de clínica del centro Residencia Asistida de la Tercera Edad de Vigo.- SEGUNDO.- Con fecha 16.02.99 se celebró reunión entre los delegados sindicales y la Dirección del Centro, proponiendo la dirección, en lo referente a los días 24 y 31 de diciembre, que se seguirá el convenio, añadiendo un descanso compensatorio para los que trabajen los dos días de hasta 4 días de descanso, en vez de los 3,5 que señala el convenio, y para la categoría de auxiliar de clínica se propone que se consideren los fines de semana y los festivos de forma global y que, como mínimo, cada trabajador descanse la mitad de ellos globalmente es decir, 31 festivos o fines de semana al año; no estando de acuerdo los delegados sindicales con lo establecido con respecto a los trabajos de los días 24 y 31. Se da por reproducido el contenido de la correspondiente acta.- TERCERO.- En reunión de 03.03.99, con respecto a la cartelera de los auxiliares de clínica de la residencia asistida, se acuerda lo siguiente: “la cartelera de auxiliares de clínica se impone, prefiriendo la opción B, en la que prevalece el criterio (del convenio) de que la noche es trabajo del día siguiente”. En reunión del 06.05.99, no se llega a ningún acuerdo con respecto a los festivos que coinciden en sábado, señalando la dirección que dichos días se aplicará el criterio de fin de semana. Se da por reproducido el contenido de dicha acta.- CUARTO.- En reunión de 17.09.99, por la dirección se ofertan distintas propuestas a elegir por el colectivo: las noches pueden ser consideradas del día en que comience el turno, 22.00 horas, o bien como la dirección entiende que dice el convenio, que correspondan al día siguiente pero se inician a las 22.00 horas del día anterior. Las noches pueden realizarse en ciclos de 2-2-3 o de 2-2-2-1, como prefieran los trabajadores. Alternancia en festivos (festivo-si, festivo-no) para turnos de mañana y tarde (para las noches no sería posible), y en fines de semana si (no) para los trabajadores que lo prefieran, o bien desarrollar la ronda de turnos según cuadro y con 14 festivos señalados como F. compensando con el 75% los trabajados. Los delegados sindicales solicitan: dos descansos semanales, tres días libres (con L, F, o compensación) después de cada salida de ciclos de noche, compensación de todos los domingos y festivos al 75%; que se señalen las F de los 14 días festivos en las carteleras; cuando la noche sea víspera de

domingo o festivo, se compense a ese turno (no al de la noche siguiente) con el 75% del tiempo trabajado; que la noche sea la que comienza a las 22.00 horas del día que corresponde (no del posterior) salvo para compensación de festivos. La dirección acepta la propuesta de los delegados, y también, cuando se trabaje el 24 y 31 de diciembre, se concedan 4 días libres en enero siguiente. Se da por reproducido el contenido de dicha acta.- QUINTO.- En reunión de 22.09.99 se pone en conocimiento de la dirección, los acuerdos tomados en asamblea de auxiliares, que son los siguientes: no estar de acuerdo con que las noches no se alternen como festivos, y que siguen manteniendo que festivo si, festivo no, y fin de semana si, fin de semana no. Prefieren los ciclos de noche como dos seguidas como máximo, no quieren tres noches seguidas. Que se descansen tres días después de los ciclos de noche, con tres días libres o compensación. Que no se trabaje mas de cinco días seguidos. La dirección informa que las noches no se pueden dar a festivo si, festivo no y que no se puede acordar la alternancia para mañanas y tardes, tiene que hacerse carteleras según el convenio: festivo trabajado, fin de semana descansado y al contrario, significando esto que no se pueden hacer rondas. Damos por reproducido el contenido de dicha acta.- SEXTO.- Los auxiliares de clínica vienen realizando una jornada de 37 horas semanales, sobre las 37,30 horas establecidas en convenio.- SÉPTIMO.- Mensualmente se establece por la dirección del centro las distintas carteleras, con especificación de los distintos turnos: M: mañana, T: tarde, N: noche: descansos: L: descanso semanal, F: festivo. Se dan por reproducidas las mismas”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por doña. M.C.G.M. como Secretaria del Comité Provincial de la Delegación de Sanidad y Servicios Sociales de Pontevedra de UGT, y en representación del mismo, contra XUNTA DE GALICIA, CONSELLERIA DE SANIDADE E SERVICIOS SOCIAIS, declaro el derecho de los actores a que las carteleras de trabajo se confeccionen teniendo en cuenta lo regulado en los artículos 19 y 20 del II Convenio Colectivo Unico de la Xunta de Galicia, a tenor de la interpretación recogida en los anteriores fundamentos de derecho; sin que deban de constar recogidos en dichas carteleras las compensaciones por domingo o festivo trabajado; condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración”.

CUARTO.- Que con fecha 9 de diciembre de 1999 se dictó Auto de Aclaración el cual en su parte dispositiva dice: ACUERDO: Aclarar la sentencia

de fecha 12.11.99 en el sentido de considerar como no excluyentes los criterios establecidos en el art. 20 del convenio colectivo, funcionando el contenido del párrafo 1 como límite a lo establecido en el nº 2”.

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

ÚNICO.- La sentencia de instancia estimando parcialmente la demanda de conflicto colectivo, interpuesta por la Secretaría del Comité Provincial de la Delegación de Sanidad y Servicios Sociales de Pontevedra de U.G.T. contra la Xunta de Galicia (Consellería de Sanidad y Servicios Sociales) en la que se solicitaba se declarase que la Consellería citada incumplía lo establecido en el art. 34.6 del E.T., en relación con los arts. 19, 20.1 2 y 3, y 21 del Tercer Convenio Colectivo Único del Personal Laboral de la Xunta de Galicia, con respecto a los Auxiliares de Clínica del Centro Residencia Asistida de la Tercera Edad del “M.”, en Vigo, condenándola en consecuencia a su cumplimiento, declaró el derecho de los actores a que las carteleras de trabajo se confeccionen teniendo en cuenta lo regulado en los arts. 19 y 20 del III Convenio Colectivo Unico del Personal Laboral de la Xunta de Galicia (por error se dice II Convenio), a tenor de la interpretación recogida en los anteriores fundamentos de derecho, sin que deban de constar recogidos en dichas carteleras las compensaciones por domingo o festivo trabajado, condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración. Sentencia que fue aclarada por Auto de 9 de diciembre de 1999, en el sentido de considerar como no excluyentes los criterios establecidos en el art. 20 del Convenio Colectivo, funcionando el contenido del párrafo 1 como límite de lo establecido en el número 2. Decisión judicial que es recurrida por la Secretaría del Comité Provincial de la Delegación de Sanidad y Servicios Sociales de Pontevedra (U.G.T.), denunciando en un único motivo -sin cuestionar los hechos declarados probados- infracción por interpretación errónea del art. 20 apartados 1 y 2 del III Convenio Colectivo Unico para el Personal Laboral de la Xunta de Galicia aprobado por Resolución de la Dirección General de Relaciones Laborales de 19 de diciembre de 1994, (DOG nº 249 de 28.11.94), en relación con el art. 37 del E.T.

Para una mas acertada resolución de esta litis, se ha de tener en cuenta que el art. 20 apartado 1, del citado convenio establece: “en cuanto al descanso

semanal, que los trabajadores tendrán derecho a un descanso mínimo semanal de dos días ininterrumpidos, que como regla general abarcara el sábado y domingo” y a su vez el apartado 2 establece: “que un domingo o festivo de trabajo inhabilita como mínimo, a trabajar el domingo o festivo siguiente, fijándose criterios de rotación para el personal sujeto a estas circunstancias, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en art. 18.b)”.

La cuestión que se ventila en la presente litis, consiste en determinar -si como se sostiene por la parte recurrente- los apartados del art. 20 deben interpretarse entendiendo que ambos son excluyentes, de forma que el art. 20 apartado 1 tiene un carácter de regla general, aplicable en los supuestos de no concurrencia festivo-domingo, y que la misma quiebra cuando entre en juego el apartado 2, y que este es el que debe prevalecer en el supuesto de concurrencia de domingo y festivo; o, por el contrario, -como se entendió por la Magistrado de instancia- no son excluyentes, de tal manera que el contenido del párrafo 1º funciona como límite a lo establecido en el apartado 2º, y a su vez, interpreta el apartado 2º en el sentido de que trabajando un domingo no se puede trabajar el festivo siguiente, que llevaría como consecuencia que el colectivo de Auxiliares de Clínica demandantes han de librar en todo caso en domingos alternos y que además, quienes trabajen un domingo han de librar necesariamente el festivo y además el domingo siguiente.

La Sala acoge la censura jurídica y ello en atención a las siguientes consideraciones: A) La contradicción existente entre ambos apartados del art. 20 debe resolverse entendiendo que ambos son excluyentes, en función de la situación de hecho que regulan, de forma que, de acuerdo con su literalidad, “cuando los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de sus cláusulas”. “Las cláusulas de los contratos se interpretarán unas con otras atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas ellas”, el art. 20 apartado 1º tiene un carácter de regla general, aplicable en los supuestos de no concurrencia festivo-domingo, y que la misma cede cuando entra en juego lo dispuesto en el párrafo segundo, y que este es el que debe prevalecer en el supuesto de concurrencia de domingo y festivo, respetándose lo dispuesto en el mismo, en el sentido de que los trabajadores sujetos a Convenio siempre disfrutarán alternativamente de dos días no laborables, sean estos indistintamente domingo o festivo, y que un domingo trabajado inhabilita para trabajar el festivo siguiente, pero no el domingo. Esta interpretación viene además avalada por el propio inciso del art. 20.2 al establecer la necesidad de fijar criterios de

rotación para el personal sujeto a estas circunstancias. El descanso semanal previsto en el art. 37.1 del E.T., tiene también este carácter de norma general y preferente, sin perjuicio de la ordenación que pueda hacerse como sucede en el presente caso, en el Convenio Colectivo atendiendo a las peculiaridades del centro. B) De no aceptares este criterio y seguirse el mantenido por la juzgadora de instancia, se produciría el absurdo de que el centro carecería de plantilla para atender a los usuarios los domingos de aquellas semanas en las que haya un festivo, pues, los que trabajaron el domingo anterior librarían por aplicación del apartado 1º del precepto, y los que no hubiesen trabajado el domingo anterior librarían por haber prestado servicios en día festivo, por aplicación del apartado 2º. Lo que acarrearía como consecuencia, teniendo en cuenta la existencia de semanas con mas de un festivo, una situación de imposibilidad de mantener el normal funcionamiento del centro y la atención a los asistidos al menos durante catorce domingos al año, o bien a contratar una plantilla completa para esos días, que permanecerían sin prestar servicios el resto del año, lo que resulta obviamente abusivo e inusual en dichos centros asistenciales. C) El propio colectivo proveyente del conflicto, tanto en la solicitud del informe a la inspección de trabajo, como en el escrito de demanda, no considera como acumulables ambas disposiciones, sino que demanda el descanso semanal alternativo en fin de semana y el descanso en festivo con total independencia del anterior. Por lo expuesto, procede estimar el recurso y revocar la sentencia recurrida, en lo que se refiere al extremo comentado.

### Fallamos

Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por XUNTA DE GALICIA-CONSELLERÍA DE SANIDAD Y SERVICIOS SOCIALES contra la sentencia de fecha doce de noviembre de mil novecientos noventa y nueve, dictada por el Juzgado de lo Social número 4 de Vigo, en proceso promovido por doña M.C.G.M. frente al Organismo recurrente, y revocando parcialmente la misma, debemos declarar y declaramos conforme a derecho la interpretación efectuada por la Xunta de Galicia (Consellería de Sanidad y Servicios Sociales) del art. 20 apartados 1 y 2 del III convenio Colectivo Único para el personal Laboral de la Xunta de Galicia, con los demás pronunciamientos que resulten favorables.

## 2931 RECURSO Nº 1.147/00

S. S.

RESPONSABILIDADE DE SOCIEDADE ANÓNIMA LABORAL, EN CONCEPTO DE SUCESIÓN DE EMPRESA, A PROPÓSITO DE DESPEDIMIENTO DECLARADO IMPROCEDENTE.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan L. Martínez López

A Coruña, a sete 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. 1.147/00, interpuesto por “T.E., S.L.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Vigo.

**Antecedentes de hecho**

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don J.L.I.P. en reclamación de despido, siendo demandado don J.R.R.P., “K., S.L.”, “E.T.E., S.L.”, “E.A., S.L.”, “E.M., S.L.”, don O.M.S.N. y don F.C.C. y el Fondo de Garantía Salarial, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 441/99 sentencia con fecha 29 de octubre 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: “1º. El actor J.L.I.P., mayor de edad, con D.N.I..., ha venido prestando servicios para la empresa “K., S.L.” y ello en virtud de contrato de trabajo de formación, suscrito el 13.01.1998, estableciendo en la cláusula primera, que el contrato tiene por objeto la formación de chapista, con duración inicial de 6 meses, siendo el encargado de la formación J.R.R.P., el empresario, y con una retribución mensual de 68.694 pesetas, sin inclusión del prorrateo de pagas extraordinarias, suscribiéndose entre las partes Acuerdo de Formación Teórica, indicándose como centro de formación el Centro de Educación Permanente de Adultos (Cangas) y Especialistas (Graduado Escolar).- 2º.- Que los trabajadores de la empresa “K., S.L.”, C.R.F., J.G.P., E.S.V., R.P.F., J.J.A.P. y J.A.G.G., fueron

despedidos por la empresa “K., S.L.”, mediante carta de despido de fecha 04.06.1999, por extinción del contrato laboral por causas objetivas y presentada por los trabajadores, papeleta de conciliación ante el SMAC, se celebró el acto conciliatorio con fecha de 30.06.1999, con el resultado de con avenencia, en cuyo acto “K., S.L.”, Sociedad en disolución, el liquidador J.R.R.P., ofreció a los trabajadores, abonar las indemnizaciones mediante el pago de 14.000.000 de pesetas en metálico del dinero de “A., S.L.”, pone a su disposición y el resto ofrece abonarlo mediante la cesión de utillaje y maquinaria que “K. S.L.” tiene depositado en la finca 9.587, se excluyen el stock y vehículos de ocasión. Que el cobro del metálico y la cesión de la maquinaria, se consumará el día 2 de julio de 1999, fecha en que quedará extinguida la relación laboral, quedando los trabajadores de “K., S.L.”, saldados y finiquitados por todos los conceptos el citado día, aceptándose por los solicitantes la propuesta. Por Distribuciones “F., S.A.”, tomada noticia del acuerdo alcanzado, se expresa que la compraventa de la finca nº 9.588, se hará pagando la parte del precio de 14.000.000 de pesetas, distribuyéndolo mediante cheques bancarios nominativos, a favor de cada uno de los trabajadores conciliantes, en la cuantía arriba indicada y “A., S.L.”, acepta dicha manifestación. Por Talleres “E., S.L.”, se responsabiliza en este acto y expresamente reconoce, su vinculación con las demás empresas, obligándose al pago de la cantidad reconocida en el concepto de indemnización, en el supuesto de que no se haga efectiva por el responsable principal, respondiendo con todos su bienes para el pago de dicha cantidad.- 3º.- Que en los autos de menor cuantía nº 229/97, seguidas en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Cangas, se dictó sentencia con fecha de 15.12.1998, estimando la demanda interpuesta por J.R.R.P. contra “K., S.L.” y A.P.B. y en su virtud decretó, la disolución de la Sociedad “K., S.L.”, nombrando liquidador a J.R.R.P.- 4º.- Que con fecha de 21.12.1985, mediante escritura pública ante notario, se constituye la Sociedad Talleres “E., S.L.”, por J.R.R.P. y S.R.P., con un capital social de 1.500.000 pesetas, en la siguiente proporción: J.R. un millón ciento veinticinco mil pesetas y S.R.P. trescientas setenta y cinco mil pesetas, nombrándose Administrador Unico a J.R.R.P., Sociedad que tiene como objeto social, la compraventa de vehículos a motor nuevos y usados y de embarcaciones, así como de sus recambios y accesorios y la reparación de todo tipo de vehículos, fijándose como domicilio social en...- 5º.- Que con fecha de 16.05.1989, se otorgó ante Notario, Escritura de Constitución de la “S.M., S.L.”, por J.R.R.P. y A.P.B., con un capital social de 500.000 ptas., cada uno de los socios 250.000 pesetas, siendo Administrador



Único J.R.R.P., con domicilio en...- 6º.- Que con fecha de 21.07.1999, se otorgó ante notario, Escritura de Constitución de la Sociedad denominada “M., S.L.” Laboral, constituida por J.G.P. M.A.R.M., J.J.A.P., J.A.G.G. y C.R.F., que habían sido trabajadores de “K., S.L.”, con un capital social de dos millones de pesetas, aportando por los socios e ingresado en la caja social, siendo los socios trabajadores y Administrador único J.G.P. Sociedad que tiene por objeto la compraventa de vehículos turismos e industriales, nuevos y usados, su reparación y venta de repuestos, accesorios y cuantas actividades tengan relación con las expresadas y con domicilio social en Cangas, calle...- Que promovido por J.R.R.P., como liquidador de “K., S.L.”, expediente de Regulación de Empleo con fecha de 18.05.1999, por la Delegación Provincial de la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais, se acordó desestimar la petición formulada por “K., S.L.”, y no autoriza la extinción de los contratos de trabajo de la totalidad de su cuadro de personal, por no concurrir causas justificativas.- 8º.- Que “K. S.L.” ocupaba dos fincas registradas en la C/... Cangas, la finca nº 9.588 y la nº 9.587 (esta última ocupada actualmente por “M., S.L.”) y la finca nº 9.588 fue adjudicada a “B.” y con fecha de 02.02.1999, “B.” vende la citada finca a “A., S.L.” y “A., S.L.” transmitió la citada finca a “F., S.A.”- 9º.- Que con fecha de 02.12.1998, se otorgó ante notario, Escritura de Constitución de la Sociedad “A., S.L.”, por J.R.R.P. y A.C.B., con un capital social de 500.000 pesetas, siendo Administrador Único J.R.R.P., teniendo como objeto social, la compraventa de vehículos turismos e industriales, nuevos y usados, su reparación y venta de repuestos y accesorios y cuantas actividades se deriven y tengan relación con éstos.- 10º.- Que el día 05.07.1999, el actor se personó en la empresa “K., S.L.”, para incorporarse a su trabajo, encontrándose que la empresa había cerrado sus instalaciones.- 11º.- Se intentó conciliación ante el SMAC instada y celebrada los días 8 y 23 de julio de 1999, con el resultado de sin avenencia.- 12º Se presentó demanda ante esta jurisdicción social con fecha de 2 de agosto de 1999.- 13º.- El juicio se celebró con la intervención procesal del Fondo de Garantía Salarial.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que desestimando las excepciones alegadas y estimando parcialmente la demanda interpuesta por don J.L.I.P. contra don J.R.R.P., las EMPRESAS “K., S.L.”, TALLERES “E., S.L.”, “A., S.L.”, “M., S.L.L.”, INTERVENTORES DE LA SUSPENSIÓN DE PAGOS DE “K., S.L.”: don O.M.S.N. y don F.C.C., debo declarar y declaro improcedente el

presente despido litigioso, condenando a las empresas “K., S.L.”, TALLERES “E., S.L.” y “A., S.L.”, solidariamente, a que en el plazo de CINCO DIAS, a contar desde la notificación de la presente resolución, opten entre readmitir al actor o a abonarle en concepto de indemnización la cantidad de CIENTO CINCUENTA Y DOS MIL QUINIENTAS CINCUENTA Y SIETE PESETAS (152.557 pesetas) y en ambos casos con el abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente resolución. Absolviendo a J.R.R.P. y a la empresa “M., S.L.L.”, y todo ello con la intervención procesal del FONDO DE GARANTIA SALARIAL”.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte codemandada Talleres “E., S.L.”, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

#### Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurre la empresa codemandada Talleres “E., S.L.” la sentencia que declara improcedente el despido litigioso y le condena solidariamente a que opten entre readmitir al actor o a abonarle la cantidad de 152.557 pts., y en ambos casos con el abono de los salarios dejados de percibir, y en el primer motivo del recurso interesa la revisión del ordinal segundo de la resolución recurrida a fin de que se amplíe su contenido y quede con la siguiente redacción: “Que los trabajadores de la empresa “K., S.L.”, C.R.F., J.G.P., E.S.V., R.P.F., J.J.A.P. y J.A.G.G., fueron despedidos por la empresa “K., S.L.” mediante carta de despido de fecha 4 de junio de 1999, por extinción del contrato laboral por causas objetivas y presentada por los trabajadores, papeleta de conciliación ante el SMAC, se celebró el acto conciliatorio con fecha de 30 de junio de 1999, con el resultado de avenencia, en cuyo acto “K., S.L.”, Sociedad en disolución, el liquidador J.R.R.P., ofreció a los trabajadores, abonar las indemnizaciones mediante el pago de 14.000.000 ptas. en metálico, del dinero de “A., S.L.”, pone a su disposición y el resto ofrece abonarlo mediante la cesión de utillaje y maquinaria que “K., S.L.” tiene depositado en la finca 9.587, se excluyen el stock y vehículos de ocasión. Asimismo se manifiesta que el pago se efectuará el día 2 de julio de 1999 en el SMAC, de modo y forma que si la representación de los trabajadores acepta esta propuesta, podrá cobrar el día 2 de julio de 1999 a las 13.00 horas. El cobro del metálico y la cesión de la maquinaria se consumará pues, el día 2 de julio de 1999, fecha en que quedará extinguida la relación laboral, quedando los trabajadores de “K., S.L.”, saldados y finiquitados por todos los

conceptos en dicho día. Debiéndose entender que la nómina de los trabajadores de “K., S.L.”, correspondiente al mes de junio será abonada el día 1 de julio, por los interventores judiciales de la suspensa, es decir, antes del abono de la indemnización del día 2 de julio, en que quedarán saldados y finiquitados por todos los conceptos, los trabajadores. Asimismo manifiesta que ningún inconveniente tiene en que los trabajadores de “K. S.L.” den a la maquinaria y utillaje el uso y destino que tengan por conveniente. Respecto de la posible continuación de la actividad de taller en la finca nº 9.587 por los trabajadores o la empresa que constituyan, “K., S.L.”, representada por el liquidador y los interventores manifiesta que, sin perjuicio de los derechos de tercero (reserva que implica que ninguna cesión de la posesión de la finca nº 9.587 se hace a los trabajadores), “K., S.L.”, cederá las licencias de que es titular y que puedan ser necesarias...”

La revisión solicitada tiene por objeto adicionar y completar el hecho probado segundo, pero como no pide la supresión de ningún párrafo es evidente que aunque se accediese a completar dicho hecho probado en los términos expuestos, tal modificación siempre sería a modo de adición, es decir manteniendo en su integridad la redacción contenida en el citado ordinal segundo y añadiendo el nuevo texto propuesto. “Pero en la modificación pretendida por el recurrente se advierte una significativa e importante omisión de uno de los párrafos que viene expresamente recogido en el citado ordinal y que, por lo dicho, ha de ser mantenido en toda su integridad y que es el siguiente: Por Talleres “E., S.L.”, se responsabiliza en este acto (se refiere a la conciliación celebrada con los trabajadores que fueron despedidos por la empresa “K., S.L.”) y expresamente reconoce su vinculación con las demás empresas, obligándose al pago de la cantidad reconocida en el concepto de indemnización, en el supuesto de que no se haga efectiva por el responsable principal, respondiendo con todos sus bienes para el pago de dicha cantidad”.

También se postula la revisión del hecho probado sexto a fin de que se añada un segundo párrafo del siguiente tenor literal: “M., S.L.L.” a través de su gerente se dirigió a los clientes de “K.” informándoles que desde el 1 de julio de 1999 la empresa “K., S.L.” cedió las licencias de las que era titular a favor de “M., S.L.L.”, poniéndose dicha empresa a disposición de los clientes de “K.” en las instalaciones habituales del taller. Entre los teléfonos de “M., S.L.L.” figura el teléfono ya existente de “K., S.L.”.

Y en último término, por lo que a revisión se refiere, se solicita se modifique el ordinal décimo

para que quede con la siguiente redacción: “Que el día 5 de julio de 1999, el actor se personó en la empresa “K., S.L.” para incorporarse a su trabajo encontrándose la exposición cerrada”.

Se acepta la revisión del hecho sexto al encontrar apoyo documental (folio 107 de los autos) y se rechaza la del ordinal décimo, pues ni la prueba de confesión judicial ni la testifical tienen eficacia revisoria.

SEGUNDO.- En el examen del derecho aplicado se denuncia la indebida aplicación de la Jurisprudencia relativa a los grupos de empresa, citando al efecto determinadas sentencias de los distintos Tribunales Superiores de Justicia, alegando, en síntesis, que tanto “K., S.L.” como talleres “E., S.L.” son entidades independientes, por más que en estas se produzca coincidencia en el cargo de Administrador, en alguno de sus socios y en el objeto social; sin que exista un grupo de empresas, y menos aún, constituido con fines defraudatorios frente a sus trabajadores, por lo que no procede la condena solidaria de la recurrente Talleres “E., S.L.” con la codemandada “K., S.L.”, frente al actor.

El contenido del acuerdo conciliatorio de 30.06.99 nos releva de cualquier consideración sobre la doctrina jurisprudencial relativa a los grupos de empresa, habida cuenta que en el caso de autos el representante legal de la empresa recurrente talleres “E., S.L.” se responsabilizó en dicho acto y expresamente reconoció su vinculación con las demás empresas (“K., S.L.” y “A., S.L.”) y aunque la obligación de pago que contrajo en aquel acto no alcanzaría al accionante ya que únicamente se refiere a los trabajadores que fueron despedidos el 04.06.99 entre los cuales no figuraba el actor, la existencia de grupo de empresas es un hecho expresamente reconocido por quien, yendo contra sus propios actos, niega ahora la existencia del mismo. Ahora bien la solidaridad que se deriva de tal consideración devendría irrelevante si prosperase el siguiente y último motivo que resta por examinar, relativo a si se ha producido una sucesión de empresas por subrogación en la titularidad empresarial de “K., S.L.” por “M., S.L.L.”, empresa ésta constituida por los trabajadores despedidos mediante la cesión de utillaje y maquinaria que aquella tenía y que la recurrente, con apoyo en el artículo 44 del E.T. y de la Jurisprudencia, entiende se ha producido ya que con dichos bienes y licencias se transmitieron los elementos básicos para el desarrollo y la continuidad de la actividad de taller.

Existe una copiosa Jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, dictada, toda ella, en recurso unificador de doctrina, relativa a las

Sociedades laborales subsiguientes a expedientes de regulación de empleo (son de mencionar entre otras varias, la sentencias de 15 de febrero, 20 de marzo y 17 de mayo de 1993), de la que se infiere, con absoluta claridad, que en los supuestos de sociedades laborales subsiguientes a expedientes de regulación de empleo se produce un auténtico fenómeno de sucesión empresarial y, las razones aducidas para el mantenimiento de este criterio jurisprudencial hacen referencia a que la sociedad laboral constituida sin práctica solución de continuidad, tras la insolvencia de la empresa anterior, continúa la misma actividad de ésta última, con los mismos medios e instalaciones, transmitiéndose la titularidad del negocio por acuerdo entre el antiguo empresario y sus trabajadores, ahora convertidos en socios laborales.

Con la única variante de que no deriva de un expediente de regulación de empleo, la situación fáctica que se contempla en el presente caso es harto similar a la aludida, pues como consecuencia del acuerdo conciliatorio entre la empresa “K., S.L.” y los trabajadores despedidos, por causas objetivas, aquella cede a “M., S.L.L.”, constituida por dichos trabajadores, las licencias de que era titular y la maquinaria y utillaje necesario para el desarrollo de la actividad, permitiendo el uso del local destinado a taller. Es decir se han transmitido los elementos patrimoniales básicos que permitían el inmediato funcionamiento a efectos de continuar la actividad de taller, y basta para demostrarlo acudir a la relación de maquinaria y utillaje transmitido a los trabajadores que figura en el folio 232 de las presentes actuaciones. De lo que se colige que deberá responder en su caso “M., S.L.L.”, en virtud del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y de la Jurisprudencia que lo interpreta y desarrolla.

En consecuencia procede la estimación del recurso de suplicación formulado por talleres “E., S.L.”, a la que se absuelve, acordándose la devolución de la consignación y del depósito especial para recurrir, condenando a la codemandada “M., S.L.L.” y confirmándola en cuanto al resto al no haber sido recurrida.

#### Fallamos

Que estimando el recurso de suplicación formulado por la Entidad mercantil Talleres “E., S.L.”, formulado contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Vigo, de fecha 29 de octubre de 1999, debemos revocar y revocamos la expresada resolución absolviendo a Talleres “E., S.L.” de la petición deducida en el escrito rector, y condenando a la codemandada “M., S.L.L.” en los mismo términos que se

recogen en la resolución recurrida, cuyos restantes pronunciamientos se mantienen al no haber sido recurridos. Dése al depósito y consignación constituidos para recurrir su destino legal.

### 2932 RECURSO Nº 1.135/00

S. S.

EXTINCIÓN LÍCITA DE PERÍODO DE PROBA.

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

A Coruña, a diez 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 nº 1.135/00, interpuesto por doña A.V.F. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. cuatro de A Coruña.

#### Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 825/99 se presentó demanda por doña A.V.F. en reclamación de Despido siendo demandado el SERVICIO GALEGO DE SAÚDE en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 5 de enero 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 la demandante doña A.V.F. vino prestando sus servicios para la demandada Sergas en virtud de contratos de trabajo de duración temporal suscritos el primero en fecha 27.07.99 por acumulación de tareas que culminó el 30.07.99, y el segundo celebrado el 24.08.99 para cubrir la baja por Incapacidad Temporal de doña S.C.G., el cual culmina el 02.09.99 “por no superación de período de prueba” con la categoría profesional de pinche, siendo adscrita a la cocina del Hospital “M.I.” percibiendo un salario mensual de salario pesetas con inclusión del prorrateo de pagas extraordinarias.- SEGUNDO.- Que obra en autos informe del Jefe de cocina del Complejo Hospitalario “J.C.” don R.F.S.V. en el

que se hace constar que la demandante “no muestra aptitudes ni ganas de realizar las tareas que le corresponden, no acepta los consejos de sus compañeras, y que además manifiesta. Para cuatro días no voy a molestarme en aprender, y lo siento por mi compañera. No me interesa volver.”. Asimismo obra en autos, informe de don M.F.M. en el que se hace constar que la demandante “desempeñó su puesto de trabajo desde el día 24 al 31 de agosto de 1999, siendo su comportamiento ejemplar y su rendimiento normal”.- TERCERO.- Con fecha 3 de septiembre de 1999 la demandada comunicó a la trabajadora la finalización de su contrato de trabajo, “Nombramiento de personal no sanitario para sustitución del titular con derecho a reserva de plaza”, por no superación del período de prueba.- CUARTO.- Ha quedado agotada la vía administrativa previa”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que desestimando la demanda deducida por doña A.V.F. contra EL SERVICIO GALEGO DE SAÚDE debo absolver y absuelvo a la parte demandada de todos los pedimentos de la misma.

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.- Desestimada la demanda de despido, recurre la actora a través de un único motivo, procesalmente amparado en el art. 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral, en el que denuncia infracción de los arts. 14, 55.4 y 56 del Estatuto de los Trabajadores y del art. 19 del Estatuto de Personal no Sanitario de la Seguridad Social, argumentando que, si bien es cierto que durante el período de prueba las partes tienen concedida la libertad de desistimiento del contrato sin necesidad de alegar y probar causa alguna, tal facultad resolutoria por parte del empresario tiene como únicos límites el abuso del derecho y la no discriminación; de lo que se desprende que las facultades del empleador en orden a la extinción del contrato por no superación del período de prueba no son omnímodas, y en el presente caso concurre un ejercicio abusivo del derecho en la medida en que existen informes contradictorios sobre la actitud laboral demostrada por la empleada, y el único ratificado en juicio fue el favorable (testifical), habiendo, por lo demás, transcurrido un corto período de tiempo para poder realizarse las experiencias propias del período de prueba.

SEGUNDO.- Aceptándose el núcleo teórico de la argumentación, falla su aplicación práctica.

El segundo de los declarados probados recoge, en efecto, la existencia de dos informes: uno, del Jefe de Cocina del Hospital “J.C.”, donde la actora prestaba servicios como pinche de cocina, en el que se le imputa que “no muestra aptitudes ni ganas para realizar las tareas que le corresponden, no acepta los consejos de sus compañeras, y, manifiesta que para cuatro días no voy a molestarme en aprender, lo siento por mis compañeras, no me interesa volver...” y otro, de don M.F.M. (cocinero en dicho Hospital y que depuso como testigo en el acto del juicio), según el cual la demandante “desempeñó su puesto de trabajo desde el día 24 al 31 de agosto de 1999, siendo su comportamiento ejemplar y su rendimiento normal”.

Pues bien, el que la empresa (SERGAS), valorando el informe del Jefe de Cocina del Hospital “J.C.” (inalterado h.p. 2º) decidiera resolver la relación laboral durante el período de prueba, no constituye un ejercicio abusivo o antisocial del derecho, sino el ejercicio de una facultad legal (art. 14.2 del Estatuto de los Trabajadores) exenta de connotaciones arbitrarias, torpes o discriminatorias.

En definitiva y por lo expuesto,

#### Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por doña A.V.F., contra la sentencia del Juzgado de lo Social número cuatro de A Coruña de fecha 5 de enero de 1999, confirmando íntegramente la resolución recurrida.

**2933 RECURSO Nº 1.186/00**

S. S.

INEXISTENCIA DE DESPEDIMIENTO DE INCAPAZ PERMANENTE ABSOLUTO, QUE TEN A DECLARACIÓN DE INCAPACIDADE PENDENTE DE RECURSO DE SUPPLICACIÓN.

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

A Coruña, a once 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. 1.186/00 interpuesto por don C.R.I. 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 don C.R.I. en reclamación de DESPIDO siendo demandado “L.I., S.A.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 636/99 sentencia con fecha 29 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.- Probado que el demandante viene prestando servicios a la empresa demandada desde el 01.07.77 como Especialista A y con un salario mensual de 257.864 pesetas./ Segundo.- Por resolución del I.N.S.S. de fecha 16.11.98 el demandante fue declarado afecto de invalidez permanente total, impugnada dicha resolución en vía judicial, dio lugar a los autos 71/99 del Juzgado de lo Social nº 2 de esta ciudad en los que recayó sentencia de fecha 10 de marzo de 1999 en la que se declara al demandante afecto de invalidez permanente absoluta, sentencia que fue recurrida en suplicación por el I.N.S.S., hallándose en trámite dicho recurso y pendiente de resolución pro el Tribunal Superior de Justicia de Galicia./ Tercero.- El demandante fue dado de baja a la Seguridad Social con efectos 29.09.98./ Cuarto.- La empresa demandada abonó al actor prestaciones derivadas de Incapacidad Temporal en cuantía de 1.253.775 pesetas durante el período 29.09.98 a 31.05.99./ Quinto.- El demandante no ostenta cargo sindical alguno./ Sexto.- Con fecha 20 de agosto de 1999 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 formulada por don C.R.I. contra “L.I., S.A.” absolviendo a la demandada de las pretensiones de la misma”.

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

**Fundamentos de derecho**

PRIMERO. La sentencia de instancia desestima la demanda interpuesta por el actor, C.R.I. contra “L.I., S.A.” absolviendo a la demandada de las pretensiones de la misma, y contra tal pronunciamiento se alza en suplicación la demandante interesando, en primer término, con amparo procesal en el artículo 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral, la revisión del ordinal segundo de los hechos declarados probados en la resolución impugnada a fin de que se redacte en el sentido siguiente: “Por resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de fecha 16.11.98 se denegó su solicitud de prestación de incapacidad permanente, confirmada por otra resolución de 02.03.99, también del Instituto Nacional de la Seguridad Social que desestimó la reclamación previa, por lo que presentada demanda en vía judicial, se dictó por el Juzgado de lo Social nº 2 de los de Orense en los autos nº 71/99, sentencia estimatoria de la demanda y de los pedimentos y pretensiones actores, que declaró al trabajador afecto de una Invalidez permanente absoluta, resolución judicial que fue recurrida por el Instituto Nacional de la Seguridad Social en suplicación (recurso nº 2.017/99), no siendo, en consecuencia, firme”.

Apoya su pretensión revisoria en la documental obrante al folio 36, resolución de fecha 16.11.98 por la que se deniega la solicitud de prestación de incapacidad permanente por no alcanzar las lesiones que padece un grado suficiente de disminución de su capacidad laboral para ser constitutivas de una incapacidad permanente según lo dispuesto en el artículo 137 de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el artículo 134.1 de la propia Ley; al folio 38, resolución en que se contiene la desestimación de la reclamación previa, donde se declara que las alegaciones formuladas en la reclamación previa no modifican la decisión impugnada, por no haber variado las circunstancias en que la misma se ha basado; folio 52 y 53, donde se contiene la fotocopia de la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Orense en la que se declaró al actor afecto de Invalidez permanente absoluta y folios 61 y 62, de donde se desprende que dicha sentencia fue recurrida en suplicación por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, estando pendiente de resolución ante este Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

Contando con apoyo documental hábil al efecto, procede acoger la modificación del ordinal segundo de la sentencia de instancia a fin de que se sustituya el texto allí contenido por el alternativo ofrecido por la parte recurrente, antes transcrito.

SEGUNDO. En sede jurídica, integrando el motivo segundo del recurso de Suplicación articulado por la parte actora, se denuncia la infracción del artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores y la jurisprudencia a que aludió.

Aún modificado el ordinal segundo del relato histórico de la sentencia de instancia, admitiendo que no consta que en vía administrativa se hubiese declarado al demandante en la situación de Invalidez permanente total, no han de tener acogida las aspiraciones de la parte actora que, según se desprende de los términos de la demanda y del propio recurso, pretende, en síntesis, reincorporarse a su puesto de trabajo, entendiendo que la actuación de la parte demandada es constitutiva de despido y es que como se desprende de lo actuado con fecha 10 de marzo de 1999 el Juzgado de lo Social nº 2 de Orense dictó sentencia declarando que el actor se encuentra afecto de Invalidez permanente absoluta para todo trabajo, obrando en autos documentación acreditativa de que el demandante está percibiendo la correspondiente prestación, aún cuando el recurso de Suplicación interpuesto contra aquella resolución no se haya resuelto, habiendo incluso recaído auto en éste estado procesal a medio del cual éste Tribunal Superior de Justicia resolvió no poner fin al trámite del recurso de suplicación interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social como pretendía el actor que alegaba que el referido Organismo había incumplido su obligación legal de abono de la prestación durante la tramitación del recurso, y tal situación es incompatible con la incorporación al trabajo que el actor pretende, so pena de configurar una situación en la que, quién se halla lucrando una prestación de Invalidez permanente absoluta, en cuya virtud está incapacitado para el desarrollo de cualquier profesión u oficio, al mismo tiempo estuviese llevando a cabo las labores inherentes a la actividad profesional a que se venía dedicando habitualmente, en este caso en el ramo de cablería del automóvil, y, es de suponer, ingresando los correspondientes emolumentos como contraprestación; esto es, la Invalidez permanente absoluta que le fue concedida en la instancia, aún no siendo firme la resolución que la declara, obsta o impide la reincorporación, aunque ello sin perjuicio de las acciones que, al efecto, pudiera ejercitar el actor para el supuesto hipotético de que dicha resolución fuese revocada por consecuencia del recurso articulado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, de manera que, aún por consecuencia de otros razonamientos, procede la confirmación de la sentencia de instancia y la desestimación del recurso interpuesto por la parte demandante.

## Fallamos

Desestimando el recurso de Suplicación articulado por C.R.I. contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Ourense, de fecha 29 de diciembre de 1999, en autos nº 636/99, confirmamos dicha resolución.

## 2934 RECURSO Nº 605/00

S. S.

EXECUCIÓN DE SENTENCIA DICTADA EN PROCESO SOBRE MODIFICACIÓN SUBSTANCIAL DE CONDICIÓN DE TRABAJO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio González Nieto

A Coruña, a trece 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. 605/00 interpuesto por “Z.E., S.A.” contra el auto del Juzgado de lo Social núm. cinco de Vigo.

## Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que por la actora M.M.G.G. con fecha 11.05.99 se interpuso demanda sobre modificación de condiciones de trabajo en la que solicitaba se declare la nulidad o subsidiariamente improcedencia de la modificación de las condiciones de trabajo hecha por la empresa y su derecho a continuar en el mismo centro de trabajo (“Z” del centro comercial de “C.”) en las mismas condiciones que tenía antes de dicha modificación, condenando a la demandada “G., S.A. – Z.E., S.A.” a estar y pasar por tal declaración; recayendo sentencia de 07.06.99 del Juzgado de lo Social nº 5 de Vigo, por la que estimando la petición subsidiaria declaro improcedente la medida adoptada por la empresa, declarando el derecho de la misma a continuar en su puesto de trabajo del Centro Comercial “C.”, en el que la demandada tiene el centro de trabajo denominado “Z.”, en las mismas condiciones que tenía antes de su traslado al de Progreso, condenando a dicha empresa demandada a estar y pasar por dicha declaración. Se hizo saber a las partes que dicha resolución era firme y que contra

ella no cabía recurso. Presentándose, no obstante, por la demandada con fecha 16.06.99 escrito por medio del que anunciaba su propósito de interponer recurso de suplicación contra la citada sentencia, recayendo auto de fecha 16 de junio, por el que se tuvo por no anunciado dicho recurso de suplicación haciendo saber a las partes que contra la misma cabía interponer recurso de queja ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en el plazo de 10 días contados a partir de la fecha de notificación de dicho auto.

**SEGUNDO.-** Que por la parte actora, al ser firme la sentencia, y al no haberse dado cumplimiento a la misma, con fecha 23 de junio de 1999 se presentó escrito en el que solicitaba se requiriese a la empresa a fin de que en el menor plazo posible procediera a reincorporarla a su habitual puesto de trabajo, recayendo providencia de 29 de junio por la que se requirió a la empresa para que de inmediato procediera a la reincorporación de la trabajadora en las mismas condiciones que tenía antes de su traslado de centro de trabajo, tal como se hacía constar en el fallo de la mencionada sentencia. Providencia que fue recurrida en reposición por la empresa, presentando escrito de 07.07.99 en el que suplicaba se dictara resolución por la que se anule y deje sin efecto la misma, o subsidiariamente, se cite a las partes de comparecencia en los términos establecidos en los arts. 138.6 y 277 y ss de la Ley de Procedimiento Laboral, por entender que en el art. 138.6 se regulaba el procedimiento de ejecución de sentencia para los supuestos en que “el empresario no procediere a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo o lo hiciere de modo irregular, en el sentido de que el trabajador podrá solicitar la ejecución del fallo ante el Juzgado de lo Social y la extinción del contrato por causa de lo previsto en el art. 50.1.c) del Estatuto de los Trabajadores y conforme a lo establecido en los arts. 277, 278, y 279 de la Ley... trámites que solamente se obviarían en el supuesto de que la sentencia hubiese declarado la nulidad de la medida empresarial”, no siendo este el caso, puesto que se declaró únicamente improcedente. recayendo Auto de 26.07.99 por el que se acordó citar de comparecencia a las partes celebrándose incidente de ejecución con fecha 20 de septiembre de dicho año, en el que por la parte demandada se alegó que no le resultaba posible la reposición de la trabajadora en su puesto de trabajo al encontrarse ocupado por otra trabajadora y que en todo caso no era posible ejecutar la sentencia en sus propios términos, pues, el art. 138.7 solamente lo establece cuando se declare la nulidad de la modificación y que en todos los demás se sigue el que se está haciendo ahora en donde la trabajadora debe quedarse en el nuevo puesto de trabajo o bien extinguir la relación laboral,

reiterando la imposibilidad del cumplimiento de la sentencia, citando en apoyo de su tesis el art. 279 de la L.P.L.; recayendo auto de 22.09.99 por el que estimando parcialmente la pretensión deducida por la parte actora, se acordó nuevamente requerir a la empresa para que repusiera inmediatamente a la trabajadora en su anterior puesto de trabajo, con todas las consecuencias que ello lleva consigo, incluido el salario, sin perjuicio de acordar las medidas del art. 282 de la L.P.L., y demás pertinentes en caso de no hacerlo. Auto que a su vez fue recurrido en reposición por la empresa “Z.” insistiendo en su argumentación, alegando la nulidad del auto por ser contrario al art. 238 de la LOPJ, al infringirse el art. 138.6 en relación con los arts. 277 y ss de la L.P.L., y habiéndose dado traslado del recurso planteado a la demandante, ésta, con fecha 29 de noviembre presentó escrito impugnándolo, interesando la ejecución de la sentencia en sus propios términos, recayendo auto de 22.01.99 por el que se desestimó el recurso interpuesto, denegando la reposición pretendida y confirmando la resolución recurrida en todas sus partes.

**TERCERO.-** Contra dicho auto se interpuso recurso de Suplicación por la empresa siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

### Fundamentos de derecho

**ÚNICO.-** Por la empresa ejecutada se interpone recurso de Suplicación contra el auto de 22.12.99, a su vez denegatorio de recurso de reposición interpuesto contra el Auto de 22.09.99 que articula en tres motivos diferentes; alegando por un lado con amparo en el art. 191.a) de la L.P.L., quebrantamiento de forma, pretendiendo se declare la nulidad de lo actuado y en concreto del auto de 22.09.99 por haberse infringido normas o garantías del procedimiento que han producido indefensión, a fin de que por la Sala se proceda a reponer los autos al estado en que se encontraban antes de haberse infringido aquellas normas, denunciando infracción del art. 238 de la LOPJ, alegando que se había dictado el auto recurrido prescindiendo del procedimiento señalado en los arts. 138.6, 277, 278 y 279 de la L.P.L. y en especial el art. 279.2º del citado texto, dado el contenido de dicho auto, y por otro, interesa se revisen los hechos declarados probados y el derecho aplicado, denunciando infracción del art. 280 de la L.P.L.

Censura que no puede merecer favorable acogida, pues, de conformidad con el art. 238.3 de la LOPJ: “los actos judiciales serán nulos cuando se prescinda total y absolutamente de las normas

esenciales de procedimiento establecidas por la Ley o con infracción de los principios de audiencia, asistencia, siempre que efectivamente se haya producido indefensión”. Señalando repetida doctrina de suplicación, que para que se produzca el quebrantamiento de forma es requisito imprescindible que por la parte a quien afecte se haya formulado la oportuna protesta en tiempo y lugar adecuado y que efectivamente se haya ocasionado indefensión; debiendo concluirse que en el presente incidente de ejecución no procede la nulidad, por cuanto en ningún caso se han infringido esas normas de procedimiento que produjeran indefensión, ni se ha formulado protesta alguna en el acto de la comparecencia (art. 189.1.b) L.P.L.), sino que en realidad lo que acontece es que bajo la apariencia de un supuesto quebrantamiento de forma se está pretendiendo una resolución sobre el fondo del asunto, en el que se discute si la sentencia debe ser ejecutada en sus propios términos, -como se sostiene por la trabajadora- o, si por el contrario, -como se sostiene por la empresa- al ser imposible su cumplimiento debería interesarse por el actor la rescisión del contrato de trabajo conforme a lo establecido en el art. 50 del E.T., en relación con los arts. 277 y ss de la L.P.L.; y como la sentencia objeto de ejecución no era susceptible de recurso de suplicación, tampoco lo es el auto ahora impugnado en virtud de lo dispuesto en el art. 189.2 de la L.P.L.; por lo que al faltar la competencia funcional de la Sala, no cabe ya entrar en el análisis de los restantes motivos del recurso.

Por lo expuesto.

#### **Fallamos**

Desestimamos el motivo de nulidad interpuesto por “Z.E., S.A.”, contra el auto del Juzgado de lo Social núm. cinco de Vigo, de fecha veintidós de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, dictado en autos núm. 258/99, seguidos a instancia doña M.M.G.G. contra la empresa “G., S.A. – Z.E., S.A.” -sobre modificación de las condiciones de trabajo-, y apreciando falta de competencia funcional de este Tribunal, desestimamos igualmente los restantes motivos de recurso, sin entrar a resolver sobre el fondo de los mismos.

## **2935 RECURSO Nº 1.222/00**

S. S.

**INEXISTENCIA DE DESPEDIMIENTO NULO, Ó NON ACREDITARSE INDICIOS DE VULNERACIÓN DE DEREITOS FUNDAMENTAIS.**

Ponente: Ilmo. Sr. Don Manuel Domínguez López

En A Coruña, a trece de abril de dos mil.

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

#### **En nombre del Rey**

ha pronunciado la siguiente

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

#### **En nombre del Rey**

ha dictado la siguiente

#### **SENTENCIA**

En el recurso de Suplicación núm. 1.222/00 interpuesto por don J.M.L.G. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Lugo.

#### **Antecedentes de hecho**

**PRIMERO.-** Que según consta en autos se presentó demanda por don J.M.L.G. en reclamación de DESPIDO siendo demandado “B.E.C., S.A.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 727/99 sentencia con fecha treinta y uno de enero de dos mil por el Juzgado de referencia que estimó en parte la demanda.

**SEGUNDO.-** Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1º).- Don J.M.L.G., demandante en los presentes autos, mayor de edad, provisto de DNI... vecino de... (Lugo), ha venido prestando sus servicios laborales por cuenta y cargo de la patronal demandada “B.E.C., S.A.”, dedicada a la Banca Privada, bajo las siguientes circunstancias laborales:

- Antigüedad: de 20-julio-1981
- Categoría Profesional: Administrativo Nivel 20.
- Centro de Trabajo: C... (Lugo).



- Salario mensual, incluido el prorrateo de pagas extras: 265.629., equivalentes a 8.854 ptas. diarias a efectos de indemnización. No ostenta ni ha ostentado en el año anterior al despido cargo de representación legal o sindical de los trabajadores.- 2º).- Causó baja por IT con fecha 16.02.98, situación en la que continúa según parte de confirmación de baja de 07.01.2000, teniendo solicitada ante el INSS Pensión de invalidez con fecha 04.10.1999 por padecer trastorno por angustia y depresión mayor crónica.- 3º).- El día 07.10.1999 recibe comunicación empresarial escrita de despido del tenor literal siguiente: “Muy Sr. Nuestro: Venimos en conocimiento de que a lo largo del período de baja por enfermedad que viene disfrutando desde el pasado día 16 de febrero de 1998, ha estado realizando labores y tareas en explotación ganadera familiar, conducta ésta 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 y abuso de confianza, según el artículo 50.3 del vigente 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 30 de septiembre, teniendo a su disposición la liquidación de haberes que corresponda”.- 4º).- Personal de la empresa demandada contactó antes del verano de 1999 con el actor ofreciéndole la posibilidad de asesorarle para tratar de conseguirle una Invalidez Permanente sin coste alguno para el mismo, lo que rechazó el demandante alegando que era su deseo curarse. El art. 35 del Convenio Colectivo para la Banca privada prevé para el personal laboral determinadas mejoras en materia de incapacidad permanente en los grados de Total y Absoluta.- 5º).- El actor vive a unos 15 minutos caminando del domicilio y explotación ganadera de sus progenitores, yendo a visitarles a partir del día 16.02.1998 con una frecuencia variable en función de su estado de ánimo, teniendo médicamente prescrito el salir a pasear con el fin de expansionarse o distraerse; habiendo colaborado muy ocasionalmente con su padre en el cuidado o vigilancia del ganado, siempre en compañía del ascendiente.- 6º).- Presentada papeleta conciliatoria el día 22.10.99 ante el SMAC por el actor, con fecha cinco de noviembre de 1999 se celebró el preceptivo acto de conciliación previa, en cuyo acto el empresario demandado reconoció la improcedencia del despido manifestando que en el término de, 48 horas se consignarían las sumas de 7.238.399 ptas., correspondientes a la indemnización legal, y de 253.399 ptas., correspondientes a los salarios de tramitación desde la fecha de despido hasta la fecha de 05.11.99, concluyendo el acto “sen

avanza”. El día 06.11.99 se consignaron en el Establecimiento Público destinado al efecto ambas sumas por importe global de 7.491.656 ptas.- 7º).- Correctamente agotada la vía previa, se dedujo la demanda origen de estas actuaciones que fue repartida a este Juzgado de lo Social con fecha 11.11.99, previa su presentación y registro ante el Decanato de los Juzgados de Lugo con fecha de 05.11.1999”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que estimando en parte la demanda sobre Despido, deducida por don J.M.L.G. contra el empresario “B.E.C., S.A.”, debo declarar y declaro la improcedencia del mismo y, en su consecuencia, debo condenar y CONDENO a dicha EMPRESA a que, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, opte entre la readmisión del trabajador Sr. L.G. o el abono de una indemnización de SIETE MILLONES DOSCIENTAS CINCUENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTAS DIEZ PESETAS (7.255.410 PTAS.), entendiéndose que de no optar el empresario por la readmisión o por la indemnización procede la primera, y además el pago de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido (07.10.99) hasta el acto de conciliación previa (05.11.99) que, a razón de 8.854 ptas. diarias, totalizan DOSCIENTAS CINCUENTA Y SEIS MIL SETECIENTAS SESENTA Y SEIS PESETAS (255.765 ptas.). Habiéndose ofrecido y consignado pro la empresa las cantidades de 7.238.399 ptas. y 253.257 ptas., en total, 7.491.656 ptas., se tiene por bien efectuada la consignación, debiendo entregarse a la parte actora tal suma, quedando un saldo acreedor a su favor de VEINTE MIL QUINIENTAS VEINTE PESETAS (20.520 ptas.) de optar la empresa por la indemnización en el plazo legal señalado”.

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 de instancia que declaró improcedente el despido de que había sido objeto, condenando al demandado “B.” en los términos legales, solicitando la revocación de dicha resolución y se declare la nulidad del despido por vulnerar derechos fundamentales del recurrente, para lo cual – admitiendo el relato fáctico de la resolución recurrida-, en sede jurídica, con amparo en el art. 191.c) LPL denuncia como infringidos los arts. 55.5 y 6 LET en relación con los arts. 10, 14 y 35

CE y STCO de 23.07.1996. El argumento del motivo consiste en que, según su entender, acreditó la existencia de indicios racionales de discriminación del actor, sin que el juzgador de instancia haya exigido prueba en contra a la empleadora que acreditase que el despido obedecía a razones distintas a la discriminación, por lo que admitida por la empresa la improcedencia procede declarar nula la decisión empresarial ya que esta vulnera el derecho al trabajo del actor y el principio de igualdad y no discriminación pues tal decisión patronal obedece, bien a la voluntad de eximirse de abonar prestaciones complementarias de invalidez al demandante que se hallaba en incapacidad temporal y había solicitado pensión de invalidez permanente, bien a mantener en plantilla a un empleado que presumiblemente puede sufrir periodos de incapacidad temporal continuados. El recurso ha sido impugnado por la demandada.

SEGUNDO.- Los motivos no pueden ser acogidos por cuanto, si bien es cierto que una vez invocados y acreditados indicios de vulneración de derechos fundamentales, a tenor de lo dispuesto en el art. 179.2 LPL, se produce una inversión en la carga de la prueba, de modo que incumbe acreditar a la empresa que su decisión es ajena a cualquier animo discriminatorio, también es reiterada la doctrina jurisprudencial que establece que no es suficiente con alegar la existencia de discriminación o vulneración de derechos fundamentales sino que es preciso aportar prueba suficiente sobre los indicios invocados, lo que aplicado al presente supuesto implica la desestimación del motivo por cuanto la vulneración del derecho a la igualdad en el acceso al trabajo, la sustenta el actor en la invocación de que se le despide por su situación de enfermedad afirmando que o bien accede a la situación de invalidez permanente, en cuyo caso la demandada deberá abonarle un complemento de pensión, o bien se reincorpora al trabajo, en cuyo caso es plausible que sufrirá diversas recaídas en su enfermedad por lo que la demandada deberá soportar el pago de complementos, con lo que en cualquier caso el despido se produce con fundamento en su situación de enfermedad lo que vulnera sus derechos.

La argumentación no se comparte por cuanto: a) afirmando el juzgador de instancia en el relato fáctico, que permanece inalterado, que la demandada le ofreció tramitarle sin costo alguno para el actor la gestión de una prestación de invalidez permanente, situación que de serle reconocida implicaría para la empleadora el abono de complementos de pensión, conforme al art. 35 del convenio colectivo de Banca Privada, tal conducta no se compadece con una voluntad de evitar el pago de tal pensión complementaria,

por lo que mal puede deducirse de la misma una intención discriminatoria, cuando la empresa se ofrece a tal trámite que de serle acogido implica precisamente una carga económica; b) igualmente, el actor agotó o se hallaba en trance de agotar el subsidio de incapacidad temporal por su duración máxima, siendo así que el art. 34 del citado convenio impone a la empresa un complemento de dicho subsidio para que el trabajador alcance el 100% del salario que le correspondería de hallarse en activo durante el primer año, complemento que no consta que le negara en ningún momento, y que a partir de ese primer año dicho complemento se va reduciendo al 75% del segundo año y al 50% para el tercer año, no cabe deducir del despido una conducta discriminatoria frente al actor, pues la carga social para la mercantil se reduce según perdura la situación de incapacidad temporal, si a ello se añade que la empresa ya no tenía obligación de cotizar por el actor, no se comprende como se sostuvo aquella obligación inicial y cuando la carga se reduce se puede pretender que el despido tiene como fundamento dicha situación; c) por último mal puede presumirse que la situación de baja por incapacidad temporal del actor vayan a ser reiteradas en el futuro, salvo que se admita la premisa de que el trabajador actúa fraudulentamente en relación con su enfermedad de lo que no se tiene la mas mínima constancia; d) del hecho de que la empleadora acepte la declaración de improcedencia de su decisión y ofrezca la indemnización correspondiente ante el SMAC, tampoco puede extraerse la conclusión postulada pues una cosa es que pretenda aminorar los efectos de su decisión, limitando así los salarios de tramitación, y otra distinta que pueda extraerse de tal actuación la conclusión de discriminación, pues los hechos imputados en la carta no son falsos o inventados, sino por el contrario ciertos, como resulta del hecho declarado probado 5º de la propia sentencia y acepta parcialmente en confesión el actor, consecuentemente que la mercantil estime antes del acto de juicio que no podrá acreditar tal hecho o que no sea considerado con la gravedad suficiente para justificar su decisión y como consecuencia acepte la improcedencia de la misma, no conculca ningún derecho fundamental del actor, por todo ello no existe ningún indicio de vulneración de derechos fundamentales del actor por lo que la resolución recurrida es conforme a derecho y procede 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 J.M.L.G. contra la sentencia dictada el 31.01.2000 por el Juzgado de lo Social nº 1 de Lugo en autos nº 727-99 sobre despido, seguidos a su instancia contra “B.E.C., S.A”, resolución que se confirma en su integridad.

**2936 RECURSO Nº 1.424/97**

S. S.

IMPROCEDENCIA DE IMPUGNACIÓN DE ALTA, POR ACCIDENTADO EN SITUACIÓN DE INCAPACIDADE TEMPORAL.

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

En A Coruña, a catorce 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 nº 1.424/97, interpuesto por el letrado don C.B.R., en nombre y representación de don J.M.M.S., contra sentencia del Juzgado de lo Social nº uno de los de Vigo.

**Antecedentes de hecho**

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 775/96 se presentó demanda por don J.M.M.S., sobre ALTA INDEBIDA, frente a la MUTUA “I.T”, al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, a la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y a la empresa “P.D.A., S.L.”. En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 23 de enero de 1997 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 J.M.M.S., nacido en 1962, con D.N.I..., figura afiliado a la Seguridad Social, Régimen General, con el número..., siendo su profesión habitual la de Oficial de 1ª albañil, que venía desarrollando para la empresa “P.D.A., S.L.” mediante contrato

temporal suscrito el 20.06.96 por un mes. Segundo.- El 28.06.96 el actor sufrió un accidente laboral que le produjo esguince cervico-dorsal y contractura paravertebral, iniciando incapacidad temporal el 02.07.96, en cuya situación permaneció hasta el 02.08.96 en que la Mutua lo dio de alta por curación. Tercero.- El 12.08.96 el actor solicitó que se le designase abogado de oficio, cuya designación se le comunicó el día 05.09.96 y con fecha 13.09.96 interpuso reclamación previa, solicitando que se anulase el alta y se le mantuviese en situación de incapacidad temporal, reclamación que le fue desestimada por silencio administrativo, presentando demanda en fecha 19.11.96. Cuarto.- El actor fue dado de baja por la Seguridad Social el 20.08.96 con el diagnóstico de cervicalgia. Quinto.- El actor padece cervicalgia muscular por contractura, rectificación de la lordosis fisiológica, escoliosis dorso-lumbar, hernia discal paramedial izquierda C5-C6 con sufrimiento pluriradicular crónico más intenso a nivel C5-C6. Sexto.- La base reguladora supera las 300.000 pesetas anuales”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO. Que desestimando la excepción de caducidad alegada por la Mutua y desestimando la demanda interpuesta por don J.M.M.S. contra la Mutua “I.T.”, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social y la empresa “P.D.A., S.L.”, debo absolver y absuelvo a dichos demandados de las pretensiones contra ellos deducidas. Notifíquese... etc.”.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante, que, fue impugnado de contrario, por la Mutua “I.T.”. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el pase de los mismos al Ponente.

**Fundamentos de derecho**

PRIMERO.- El actor interpone recurso de suplicación contra la sentencia que, desestimando la excepción de caducidad alegada por la Mutua, desestima la demanda formulada por alta indebida derivada de accidente de trabajo, articulando un primer motivo de recurso al amparo del apartado b) de la Ley Procesal Laboral, al objeto de que se revisen los hechos declarados probados a la vista de las pruebas obrantes en autos, solicitando en primer lugar la ampliación del hecho probado segundo, de forma que quede redactado de la siguiente manera: “El 28.06.96 el actor sufrió un accidente laboral que le produjo esguince cervico-dorsal y contractura paravertebral, iniciando incapacidad temporal el 02.07.96, en cuya

situación permaneceu hasta el 02.08.96 en que la Mutua le dio de alta por curación. El 11.08.96 el Sr. M.S. acudió al Servicio de urgencias de “P.O.V.I.S.A.” al presentar contractura en región cervical izquierda y movilidad limitada para rotación y flexión-extensión”, fundamentando su pretensión en el documento obrante al folio 46 de los autos y no hay inconveniente en aceptar la ampliación solicitada al estar basada en documento hábil al efecto.

En segundo lugar se pretende la ampliación del hecho probado cuarto, de forma que quede redactado del siguiente tenor: “El actor fue dado de baja por la Seguridad Social el 20.08.96 con el diagnóstico de cervicalgia. El día anterior acudió a P.O.V.I.S.A. donde es diagnosticado de cervicalgia tipo muscular por contractura. El día 6 de septiembre acudió a la Dra. L.M., la cual certificó que el paciente está de baja desde el 20.08.96 por cervicalgia. El día 10.09.96 acude nuevamente a P.O.V.I.S.A., donde es atendido y se le envía al Servicio de Rehabilitación. Posteriormente el actor es remitido al Servicio de Neurocirugía de P.O.V.I.S.A. para la valoración del tratamiento al haberle sido diagnosticada hernia discal (C5-C6) y ante la falta de respuesta favorable al tratamiento rehabilitador se propone por el Dr. M.L. su operación”, fundamentando su pretensión en los documentos obrantes a los folios 47, 48, 55 y 53 de los autos. Tal ampliación fáctica se estima que no puede prosperar por cuanto que ya consta en el relato fáctico la fecha en que causó baja por la Seguridad Social y el diagnóstico, así como las dolencias cervicales que presenta y que ya hace constar el juzgador de instancia, las que estima probadas -en el ordinal quinto del relato fáctico- en virtud de las amplias facultades de valoración de la prueba, en base a los artículos 97.2 Ley Procesal Laboral y 362 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no acreditándose, en suma, error en la valoración de la prueba por el juzgador de instancia.

SEGUNDO.- El actor articula un segundo motivo al amparo del apartado c) del artículo 191 de la Ley Procesal Laboral, al objeto de que se examine la infracción de normas sustantivas o de jurisprudencia, denunciando infracción, por violación o interpretación errónea, del artículo 128 de la Ley General de la Seguridad Social, alegando que la inmediatez de fechas entre el alta impugnada y la nueva baja reconocida por el Instituto Nacional de la Seguridad Social por enfermedad cervical evidencian que el demandante no se encontraba curado y en condiciones de trabajar cuando se le dio el alta, solicitando que se declare indebida el alta y se reconozca al actor el derecho a las prestaciones por incapacidad temporal hasta el alta definitiva;

censura jurídica que no ha de alcanzar éxito, toda vez que la cuestión básica planteada en el recurso radica en determinar el alcance y la eficacia del alta expedida por la Mutua el 02.08.96. Y a este respecto es de señalar que para un adecuado enjuiciamiento y solución de la problemática planteada resulta conveniente destacar que, conforme a la legislación Social en vigor a la fecha del hecho causante, la incapacidad temporal es la situación en que se encuentra el trabajador que recibe asistencia sanitaria y está impedido para el trabajo con una duración de doce meses prorrogable por otros seis más, cuando se presuma que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación, según se establece en el art. 128.1.a) de la Ley General de la Seguridad Social, siendo así que el derecho al subsidio puede extinguirse tanto por el transcurso del plazo máximo como por ser dado de alta médica el trabajador con o sin declaración de invalidez. Para que proceda o no mantener la situación de incapacidad temporal, ya que la indicada situación es, por definición, transitoria, es necesario que sea posible la curación, y dicha situación de incapacidad temporal debe concluir en el momento en que tienen ya carácter definitivo e irreversible, es decir, cuando el cuadro de secuelas o enfermedades es definitivo, sin que exista posibilidad razonable y objetiva de mejoría o de recuperación mediante el adecuado tratamiento médico y rehabilitador al haberse agotado todos los medios hasta llegar a un juicio o conclusión clínica final, aunque los padecimientos sean incapacitantes para el trabajo, porque en este caso lo que procede no es mantener la situación de incapacidad temporal, sino promover el oportuno expediente de invalidez permanente.

Pues bien, en el supuesto de autos es claro que no procede la anulación del alta médica ni procede reponer al actor en la situación de incapacidad temporal ya que, como acertadamente razona el juzgador “a quo” en la fundamentación jurídica, el actor inició un proceso de incapacidad temporal por accidente de trabajo al sufrir un esguince cervico-dorsal y contractura paravertebral y fue alta por curación, impugnando el alta alegando no estar curado y según informes médicos que aporta presenta cervicalgia muscular por contractura, rectificación de la lordosis fisiológica, escoliosis dorso-lumbar, hernia discal paramedial izquierda C5-C6, con sufrimiento pluriradicular crónico más intenso a nivel C5-C6, secuelas que tienen el carácter de crónicas, según consta en el inmodificado hecho cuarto de la sentencia, sin respuesta al tratamiento rehabilitador y ello, estimando que las lesiones (que ya padecía antes del accidente) son crónicas y tienen el carácter de permanentes al no ser posible su curación por rehabilitación, impide, de



conformidad con los preceptos señalados, que el actor pueda continuar en situación de incapacidad temporal, lo que conduce a la desestimación del motivo y con ello del recurso, con la consiguiente confirmación de la sentencia recurrida.

#### Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación formulado por don J.M.M.S. contra la sentencia de fecha 23 de enero de 1997, dictada por el Juzgado de lo Social nº uno de los de Vigo en autos instados por el recurrente frente a la MUTUA "I.T.", al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, a la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y a la empresa "P.D.A., S.L." sobre ALTA INDEBIDA, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la resolución recurrida.

### 2937 RECURSO Nº 997/00

S. S.

INTERPRETACIÓN DE LÍMITES  
CONVENCIONAIS RELATIVOS Á  
ESTIPULACIÓN DE CONTRATOS DE POSTA  
A DISPOSICIÓN.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Elías López Paz

A Coruña, a catorce 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. 997/00 interpuesto por la Empresa "L.C.S., S.A." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de A Coruña.

#### Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por CC.OO en reclamación de CONFLICTO COLECTIVO siendo demandado la Empresa "L.C.S., S.A.", siendo parte U.G.T. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 854/99 sentencia con fecha uno 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: "1º) Que la empresa "L.C.S., S.A." dispone de una planta de fabricación de conservas en Carballo, con una plantilla de trabajadores fijos en torno a 352 y 700 trabajadores temporales eventuales y contratos a través de Empresas de Trabajo Temporal. Dicha empresa demandada se dedica a la conserva de atún durante la campaña que dura normalmente entre seis y nueve meses.- 2º) Que la empresa utiliza además de los servicios de personal con contratos temporales (con duración entre seis y nueve meses) desde 1996, fundamentalmente, las del personal provenientes de diferentes Empresas de Trabajo Temporal, habiéndose realizado 576 contrataciones en 1997 y 1.353 en 1998, y al 1 de marzo de 1999 se han realizado 408 contrataciones con las E.T.T.- 3º) Que por la empresa demandada no se facilitó a la representación del Sindicato accionante Comisiones Obreras los planes de producción prevista y realizada correspondientes a los años 1997, 1998 y 1999.- 4º) Que durante 1997 todo el personal contratado por medio de E.T.T. para la limpieza de pescado estuvo prestando servicios durante más de los seis meses máximos de duración del contrato de puesta a disposición.- 5º) Que los actores solicitan se declare que la contratación eventual o de personal laboral a través de contratos de puesta a disposición con Empresas de Trabajo Temporal excede de las excepciones contempladas en el Convenio Colectivo, debiendo de acudir a la contratación del personal fijo-discontinuo para realizar la actividad prevista.- 6º) Que se ha celebrado "sin efecto" acto de conciliación ante el SMAC".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que desestimando la excepción de "incompetencia de jurisdicción" y estimando la demanda interpuesta por la representación del Sindicato COMISIONES OBRERAS (CC.OO), contra la empresa "L.C.S., S.A.", debo declarar y declaro que la práctica de la contratación eventual o de personal temporal a través de contratos de puesta a disposición con Empresas de Trabajo Temporal excede de las excepciones contempladas en el Convenio Colectivo, debiendo de acudir a la contratación del personal fijo-discontinuo para realizar la actividad previa, condenando a la empresa demandada al estar y pasar por tal declaración".

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

**Fundamentos de derecho**

PRIMERO.- La sentencia de instancia, desestima la excepción de “incompetencia de jurisdicción social”, y estimando la demanda de conflicto colectivo planteada por el sindicato Nacional de Galicia de CC.OO. contra la empresa “L.C.S., S.A.” declaró que “la práctica de la contratación eventual o de personal temporal a través de contratos de puesta a disposición con Empresas de Trabajo Temporal excede de las excepciones contempladas en el Convenio Colectivo, debiendo de acudirse a la contratación del personal fijo-discontinuo para realizar la actividad prevista, condenando a la empresa demandada a estar y pasar por tal declaración”. Este pronunciamiento se impugna por la mercantil demandada, articulando dos motivos de Suplicación, invocando al efecto por el cauce de los apartados b) y c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, la revisión probatoria y el examen de la normativa jurídica aplicada.

SEGUNDO.- La revisión de los hechos declarados probados pretendida por la parte recurrente tiene el siguiente alcance: En primer lugar, se pretende adicionar H.D.P. quinto lo siguiente: “El Convenio Colectivo a que se refiere la parte demandante, se publicó en el BOE de 25 febrero 1988 por haberse así acordado en Resolución de la Dirección General de Trabajo de 6 de febrero de 1998”.

En segundo lugar, se interesa la adición al H.D.P. sexto, de lo siguiente: “El 1 de septiembre de 1999, la Comisión de Trabajo del Comité de Empresa representada por don J.M.C., doña L.P., don J.G., don F.A.P., don J.P., don J.M.A., por UGT, don S.B., don J.M.G., por CIG, don A.P.(Asesor UGT), don F.S.(Asesor CIGA), don I.L. (Delegado CIG), don P.C. (Asesor CIG) y la representación empresarial por don A.M., don C.O. y don J.O., firmaron, entre otros, el siguiente acuerdo: “En función de la reforma de la fábrica, de la organización futura prevista y del número de puestos de trabajo necesarios para cubrir las eventualidades (plantillas medias pasadas, actuales y sobre todo futuras), se irá concretando el personal a contratar.

A tal fin las partes en común acuerdo coinciden en adoptar una medida objetiva que suponga el pleno acogimiento al espíritu del Convenio y que sirva de criterio para el cumplimiento del principio de estabilidad y con el fin de dar solución a la problemática surgida en la contratación de personal a medio de ETTSD con el contenido del Convenio Colectivo del Sector, a estos efectos, se llega a los siguientes acuerdos: a) La contratación de 50 personas fijas discontinuas que serán efectivas en las primeras contrataciones

que se realicen. b) La contratación del resto de la mayoría del personal por parte de “C.” como personal eventual. c) Queda fijada para el mes de diciembre de 1999 una reunión de seguimiento de las plantillas, en función de las necesidades de materia prima y de mercado, y ver el nº de trabajadores eventuales que podrían pasar a ser plantilla fija discontinua”.

No se accede a la revisión interesada por resultar totalmente intrascendente para la resolución del litigio planteado, como luego se razonará.

TERCERO.- Por el cauce del examen del derecho aplicado, denuncia la mercantil recurrente infracción, por interpretación errónea, del art. 7.3 -Estabilidad de Plantillas- del Convenio Colectivo de ámbito Estatal para las Industrias de Conservas, Semiconservas, Salazones de Pescado y Marisco, publicado en el BOE de 25 de febrero de 1998, según dispuso la Resolución de la Dirección General de Trabajo de 6-febrero-1999. Argumenta, sustancialmente, la parte recurrente, en un primer punto del motivo de recurso, que la sentencia recurrida debió omitir toda referencia a las contrataciones de los años 1996, 1997 y enero y febrero de 1998, porque el Convenio Colectivo se publicó en el B.O.E. de 25 de febrero de 1998, por lo que todo lo anterior a dicha fecha debió quedar enteramente silenciado. Y en el apartado segundo del mismo motivo de recurso, se hace referencia a una acción de control extemporánea, porque se pretende alcanzar una estabilidad de la plantilla en el período de tiempo comprendido entre el 25.02.98 y el 31.12.2000, que es el período de urgencia que se fija para sí el Convenio -art. 7 nº 3- para alcanzar la estabilidad de la plantilla.

La cuestión litigiosa que se ventila en la presente “litis” consiste en determinar, si por la demandada “L.C.S., S.A.”, se han cumplido las previsiones del art. 7.3 del Convenio Colectivo Sectorial de ámbito Nacional en relación con los contratos de puesta a disposición concertado a través de los E.T.T., debiendo determinarse si en las contrataciones que se llevaron a cabo en los años 98 y 99 (y también en el año 1997 por lo que luego se dirá) se respetaron las previsiones del citado artículo 7.3 del convenio, en el que se establece con carácter general que debe 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 pueden ser cubiertos por personal de plantilla.- 4).- La realización de pedidos imprevistos y no contemplados dentro de los planos productivos de las empresas.- 5).-

Abundancias de materias primas y siempre que suponga una excepción de cada campaña.

Esta misma cuestión ya fue resuelta por esta Sala en sus sentencias de 16 de julio de 1999 (Ar. 2.558) y por la de 25 de febrero de 2000 (Rec. 5.842/99) por lo que procede reproducir aquí la doctrina sentada por la Sala en las citadas sentencias, en las que se señala: “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 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 (en este caso es el 2º) del relato fáctico de aquella resolución, sino que lo que constituye el nudo gordiano de la cuestión se circunscribe a dilucidar si se ha conculcado, 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 mas 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 segundo, de donde se deduce, que al menos con las E.T.T. se realizaron 576 contrataciones en 1997, 1.358 contratos en 1998, y 408 al 1º de marzo de 1999, todas ellas a través de contratos de puesta a disposición con empresa de trabajo temporal, lo que pone en evidencia, que la plantilla de personal de la empresa era claramente insuficiente para la realización de la producción, pues, al ser el volumen normal de la actividad excesivo a las posibilidades de producción a través del personal fijo, debió acudir a la contratación de fijos discontinuos; por lo que ha de destacarse el acierto de la Magistrada 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 planes 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”.

Finalmente cabe señalar que, aun resultando intrascendente para la cuestión litigiosa, las contrataciones operadas durante el año 1997 a través de las E.T.T. son computables a estos efectos en base a una doble consideración: En primer lugar, porque así consta en el H.P. 2º de la sentencia que se impugna, cuya revisión no ha sido interesada y que, consecuentemente, vincula a la Sala; y, en segundo lugar, porque la eficacia jurídica de los Convenio Colectivos puede nacer con anterioridad a la fecha de su publicación; por lo que se desvirtúa así lo manifestado en el escrito de recurso; sin que la acción ejercitada suponga un control extemporáneo sobre el objetivo a alcanzar, de la estabilidad de la plantilla, por cuanto el contenido obligacional del Convenio debe cumplirse a lo largo de su vigencia, sin esperar a la finalización de la misma, como pretende la mercantil recurrente. Todo lo cual implica la desestimación de la sentencia recurrida, con las consecuencias previstas en el art. 233.1 de la L.P.L.

#### Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la Empresa “L.C.S., S.A.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de A Coruña, de fecha 1 de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, dictada en autos seguidos a instancia de CC.OO contra la Empresa “L.C.S., S.A.” siendo parte U.G.T. sobre CONFLICTO COLECTIVO, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la resolución recurrida

## 2938 RECURSO Nº 1.005/00

S. S.

**INEXISTENCIA DE VULNERACIÓN DO DEREITO DE LIBERDADE SINDICAL, Ó TER CUMPRIMENTADO DEBIDAMENTE A EMPRESA A SÚA CARGA PROBATORIA FRONTE Á INDICIARIA DO TRABALLADOR.**

Ponente: Ilmo. Sr. Don Ricardo Ron Curiel

A Coruña, a catorce 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 nº 1.005/00, interpuesto por don L.F.L.P. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de Ferrol.

#### Antecedentes de hecho

**PRIMERO.-** Que según consta en autos nº 613/99 se presentó demanda por don L.F.L.P. en reclamación sobre TUTELA DEL DERECHO DE LIBERTAD SINDICAL siendo demandada la empresa “C., S.A.” y siendo parte el MINISTERIO FISCAL, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 23 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: “1.- El demandante viene prestando sus servicios por orden y cuenta de la demandada ocupando la categoría de Oficial 1ª tornero desde el 1 de mayo de 1982 y percibiendo un salario de 149.347 ptas. El actor presta sus servicios en un Taller de reparación interna de vehículos y maquinaria de la Empresa. Desde el inicio de la relación laboral el actor venía prestando sus servicios laborales con un horario de 8 horas a 13 horas y de 14,30 horas a 18,30 horas de lunes a viernes. En fecha 29 de junio de 1999 se le comunicó verbalmente que a partir del 30 de junio de 1999 su horario de trabajo sería de 8 horas a 12 horas y de 16 horas a 20 horas de lunes a viernes. El actor fue el único trabajador al que se le modificó dicho horario habiendo presentado demanda por modificación sustancial de condiciones laborales que fue



estimada a medio de Sentencia de 17.08.99 del Juzgado de lo Social nº 2 de Ferrol, autos 408/99, declarando injustificada dicha medida. Que la Empresa no cumplió dicha Sentencia por lo que se instó la ejecución recayendo auto de fecha 6 de octubre de 1999 imponiendo un apremio pecuniario a la Empresa por cada día que transcurra desde el 13 de octubre de 1999, en que el actor debía incorporarse de su permiso vacacional, sin que el actor sea reintegrado en el anterior horario. Que a partir del 13.10.99 fue reintegrado en su anterior horario./ 2.- El actor junto con los trabajadores Sr. P.L. y R.C. formularon demanda de cantidades reclamando la paga extra de Navidad de 1998 dando lugar a Sentencia estimatoria de fecha 10 de mayo de 1999 en autos 128/99. Asimismo el actor ha reclamado judicialmente los atrasos de convenio de 1998 y 1999 en autos 524/99 y cuyo acto de juicio oral está previsto para el 20 de enero de 2000 y la paga extra de julio de 1999 en autos 587/99 cuyo juicio oral está señalado el 10.02.2000./ 3.- El día 2 de diciembre de 1999 la Empresa comunicó al actor que desde esa fecha debía de dejar de efectuar una hora extra siendo el único trabajador del Taller donde trabaja al que se le comunicó que dejará de hacer una hora extra siendo el horario del resto de trabajadores del taller de 8 a 13 horas y de 14,30 a 18,30 horas./ 4.- El actor está afiliado al sindicato Confederación Intersindical Galega presentándose como candidato a las elecciones sindicales el 13.12.99./ 5.- El actor se niega con frecuencia a hacer la hora extra que se viene haciendo de forma sistemática en el Taller donde presta sus servicios.”

**TERCERO.-** Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO/ Que, desestimando la demanda debo declarar y declaro la no existencia de la vulneración denunciada absolviendo a la Empresa “C., S.A.” de las pretensiones del actor sin que haya lugar a abonar indemnización alguna.”

**CUARTO.-** Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la demandante, siendo impugnado de contrario por el Ministerio Fiscal. 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 y declara la no existencia de la vulneración denunciada, absolviendo a la empresa demandada, “C., S.A.”, de las pretensiones del actor, sin que haya lugar a abonar indemnización alguna. Este pronunciamiento se impugna por la representación procesal del demandante, la que construye el primero de los motivos de

Suplicación al amparo del art. 191, letra b), de la Ley Procesal Laboral, interesando la supresión del hecho declarado probado 5º de la resolución que combate, por basarse, aduce la recurrente, en una errónea apreciación de la prueba practicada y, asimismo, por resultar predeterminante del fallo; haciendo referencia a la prueba documental obrante en el expediente, aportada por la empresa demandada, folios 43 a 320, que consisten en partes de trabajo del demandante, a que no es cierto que éste se negara a efectuar la hora extra diaria, a la prueba de confesión de la demandada, a los testigos propuestos por ésta -que dice aseguran lo contrario de lo que consta en la documental aportada por la empresa-; por lo que estima que a la vista de la prueba practicada, principalmente la documental, pero también la testifical, la conclusión que se alcanza es que el trabajador no se negó nunca, y menos con frecuencia, a realizar una hora extra diaria habitual. Así construido, el motivo está llamado a fracasar; de un lado, porque la prueba documental que por el recurrente se invoca, por su propio contenido, en modo alguno autorizaría o justificaría la supresión que se postula, y de otro, porque las restantes probanzas no serían hábiles legalmente a los fines pretendidos, por imperio de lo preceptuado en los arts. 191, letra b) y 194.3, ambos de la Ley Adjetiva Laboral. En todo caso, es de destacar que el relato impugnado, como los demás, se estiman acreditados a través de los medios de prueba a que se refiere el primero de los fundamentos de derecho de la sentencia suplicada. También es de resaltar que el contenido del ordinal cuya revisión se pretende es el propio de una situación de hecho, capaz de ser valorada jurídicamente, sin que implique, como sostiene el recurrente, predeterminación alguna del fallo a dictar.

**SEGUNDO.-** Con sede en el art. 191, apartado c), de la Ley Rituaria Laboral, se articula el segundo, y último, de los motivos en el que se denuncia vulneración del art. 28.1 de la Constitución y la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, con cita de las sentencias del Tribunal Constitucional 38/1981, 90/1997, 73/1998 y 959/1998; por estimar que la juzgadora de instancia reconoce que existen indicios racionales de discriminación, al ser el actor el único trabajador al que se le impide realizar una hora extra diaria que viene efectuando todos los trabajadores de la empresa, además de haber intentando la empresa modificar con anterioridad su horario, teniendo, también, formuladas varias reclamaciones contra la empresa, deben ser indicios suficientes de que el trabajador puede ser víctima de una lesión de sus derechos fundamentales, y al trasladar la carga de la prueba a la empresa, ésta alega que es el único que se niega a hacer horas extras, y siendo falsa esta afirmación, la empresa no puede justificar de

ninguna forma el porqué del trato diferente cara al actor; haciendo referencia al razonamiento de la juzgadora acerca de las facultades organizativas de la empresa sobre las horas extraordinarias, y a que la verdadera razón de la actuación empresarial es la afiliación del trabajador a la Confederación Intersindical Galega y al hecho de ser candidato, por este sindicato, en las elecciones sindicales; sin que sea coincidencia que la prohibición de realizar dichas horas se produzca pocos días después de conocerse la candidatura mencionada, y que también es revelador el hecho de que la empresa decide prohibirle realizar las repetidas horas en el mes de diciembre, el día 2, cuando desde el 13 de octubre de 1999 el actor viene realizando una hora extraordinaria diaria todos los días laborales, una vez repuesto en su horario habitual, en cumplimiento de sentencia que declara injustificada la modificación impuesta por la empresa; habiendo existido otra tentativa en el mismo sentido, cuando la empresa modificó el horario del actor en el mes de julio de 1999, medida ésta que fue declarada injustificada por el Juzgado de lo Social nº dos de Ferrol, en sentencia recaída en autos nº 408/99; y termina el recurrente manifestando que la empresa trata de disimular los verdaderos motivos de su actuación, siendo inaceptables sus argumentos, porque intenta encubrir la discriminación y la represión, amparándose en que la realización de horas extraordinarias es voluntaria tanto para el empresario como para el trabajador, produciendo así un perjuicio a éste que la ley no permite ni ampara.

El motivo, y por consiguiente el recurso, no puede prosperar, puesto que el éxito de pretensiones de la naturaleza de la ejercitada en el debate está supeditado a que por quien postula el amparo se haya constatado, al menos, la existencia de indicios de que se ha producido una violación de los derechos fundamentales que se invocan, de conformidad con lo preceptuado en el art. 179, nº 2, de la Ley Rituaria Laboral; y en el caso objeto de debate ahora, por el recurrente se pretende fundamentar la acción de tutela que ejercita, en el hecho de que sea él el único del taller al que se le ha comunicado que deje de realizar una hora extraordinaria que vienen haciendo todos los trabajadores y que tal decisión empresarial es consecuencia de estar afiliado al sindicato Confederación Intersindical Galega, habiéndose presentado como candidato a las elecciones sindicales el 13 de diciembre de 1999 y, asimismo, por haber sido ya con anterioridad modificado su horario de trabajo, frente a lo que formuló demanda, siendo estimada en sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Ferrol, que declaró injustificada tal medida, y por haber formulado otras reclamaciones salariales frente a la empresa -concretadas en el hecho probado

número 2-. Este planteamiento podría servir para constatar, en principio, la apariencia de concurrencia de indicios de violación de la libertad sindical, con lo que se trasladaría a la empleadora la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad; y esta carga probatoria se ha cumplimentado debidamente por la empresa demandada al demostrar, como se recoge en el hecho probado número 5 de la sentencia recurrida, que “el actor se niega con frecuencia a hacer la hora extra que se viene haciendo de forma sistemática en el Taller donde presta sus servicios”, lo que se considera como causa justificativa de la medida adoptada por la empresa. Estimándose, en definitiva, que por ésta no se ha cometido acto discriminatorio alguno respecto al actor-recurrente; por lo que no es de apreciar en el comportamiento de la patronal accionada vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el precepto constitucional y doctrina jurisprudencial que, como infringidos se invocan en el recurso.

TERCERO.- Por lo que queda razonado es procedente, en criterio coincidente con el mantenido por el Ministerio Fiscal, rechazar la censura jurídico-jurisprudencial a que el recurso se remite y, con desestimación de éste, dictar un pronunciamiento confirmatorio del suplicado. En consecuencia,

#### Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación procesal de don L.F.L.P., contra la sentencia de fecha veintitrés de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, dictada por el Juzgado de lo Social número uno de Ferrol, en proceso sobre tutela del derecho de libertad sindical, promovido por el recurrente frente a la empresa “C., S.A.”, habiendo sido parte el Ministerio Fiscal, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida

## 2939 RECURSO Nº 905/2000

S. S.

EXTINCIÓN DE CONTRATO DE OBRA FRAUDULENTO DETERMINANTE DA EXISTENCIA DUN DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Manuel Mariño Cotelo

A Coruña, a veinticuatro 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 nº 905/2000 interpuesto por don F.L.C. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de A Coruña.

### Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 941/99 se presentó demanda por don F.L.C. en reclamación de DESPIDO siendo demandada la empresa “C.B.L.G., S.L.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 24 de enero de dos mil 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 F.L.C., comenzó a prestar servicios para la empresa demandada “C.B.L.G., S.L.” desde el 03.03.98 ostentando la categoría profesional de Peón y percibiendo un salario mensual de 128.384 pesetas con prorrateo de pagas extraordinarias./2º.- El actor suscribió con la empresa demandada un contrato de trabajo de duración determinada celebrado al amparo del art. 15 del Estatuto de los trabajadores por obra o servicio determinado el 03.03.98 estableciéndose en la cláusula primera que prestaría sus servicios como albañil, nivel peón, en el centro de trabajo ubicado en..., y en su cláusula sexta que “la duración del contrato será de obra y se extenderá desde el 03.03.98 hasta fin de trabajos./3º.- Que en dicho contrato de trabajo suscrito por ambas partes figura una cláusula adicional del siguiente tenor: “este contrato se acoge al art. 29.2 del convenio General de la Construcción donde

establece que los trabajadores fijos de obra podrán prestar servicios durante un período máximo de tres años consecutivos”./4º.- Que si bien el actor prestó servicios en la obra de..., Narón hasta que finalizó la misma en el mes de junio de 1999 continuó prestando servicios para la demandada en las siguientes obras sitas en las localidades de Guisamo, Bergondo, Moeche, San Sadurniño, Boimorto./5º.- Que la última obra en la que trabajó el actor fue en la localidad de Boimorto, finalizando la misma el 23.11.99./6º.- Que en fecha 9 de noviembre de 1999 la empresa demandada notificó al actor carta de la misma fecha en la que se manifestaba que a partir del 10 de noviembre de 1999 comenzaría a disfrutar sus vacaciones hasta el 22 de noviembre de 1999, fecha a partir de la cual causaría baja en la empresa por finalización de los trabajos para los que había sido contratado./7º.- Que el actor no ha ostentado durante el último año la cualidad de representante de los trabajadores./8º.- 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 F.L.C., contra la empresa “C.B.L. G., S.L.”, debo absolver y absuelvo a dicho 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.- Contra la sentencia de instancia, que desestimando la demanda interpuesta por F.L.C. contra la empresa “C.B.L.G. S.L.”, absolvió a la demandada de los pedimentos allí contenidos, se alza en suplicación el actor y en un único motivo, con amparo procesal en el artículo 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral, denuncia la infracción del principio de jerarquía normativa - artículos 9 de la Constitución Española, 1 del Código Civil y 3 del Estatuto de los Trabajadores - al inaplicar el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores y aplicar indebidamente el artículo 29. 2 del Convenio Colectivo General de la Construcción.

En síntesis, considera que “los trabajos realmente realizados excedieron el objeto del contrato que justificaba y determinaba la temporalidad de la relación laboral establecida entre las partes por lo que la misma deviene en indefinida, y siendo el trabajador fijo de plantilla el cese efectuado

únicamente puede ser considerado como un despido improcedente, con las legales consecuencias derivadas de tal declaración.”

SEGUNDO.- Así las cosas, aunque no toda irregularidad lleve aparejado el efecto de que se presuma que la relación laboral de que, en cada caso, se trate lo sea por tiempo indefinido, sino que ha de tratarse de una transgresión esencial de los requisitos del contrato de forma tal que pueda aseverarse la inexistencia de causa en relación con la temporalidad del mismo, sabido es que en el contrato para obra o servicio determinado el trabajador ha de ser destinado a la obra o servicio pactado y así lo determina el artículo 2 del Real Decreto 2.546/94 que regula la modalidad contractual de referencia, al exigir que se identifique suficientemente en el contrato la obra que constituye su objeto, habiendo establecido algún pronunciamiento judicial que el requisito es riguroso y esencial, con la finalidad de concretar la duración del mismo, de forma que si no se conoce con precisión tal circunstancia o se le destina a cometidos diferentes, el contrato se desnaturaliza, y la propia norma convencional al establecer que “el contrato fijo de obra es el que tiene por objeto la realización de una obra o trabajo determinados y se formalizará siempre por escrito” y “con carácter general el contrato es para una sola obra, con independencia de su duración y terminará cuando finalicen los trabajos del oficio y categoría del trabajador en dicha obra”, siendo de tener en cuenta, asimismo, que los contratos de duración determinada recogidos en el artículo 15.1 del Estatuto de los Trabajadores son causales, en cuanto de conformidad con el mismo, sólo se podrán celebrar en los supuestos que se tipifican y así lo recoge la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1995 al señalar que “el válido acogimiento a la modalidad contractual correspondiente, requiere, en términos inexcusables, que concurra la causa objetiva específicamente prevista para cada una de ellas como justificativa de la temporalidad que le es propia, no basta con la voluntad acorde de las partes explícita en el contrato, pretendiendo someter a una de dichas modalidades temporales, sino que es necesario dado el carácter causal de estas para ser viables las mismas, que concurran en la realidad las causas justificativas invocadas, al tratarse de normas de carácter necesario, generando derechos para el trabajador que escapen a su poder de disposición antes o después de ser adquiridos”, y que la referencia legal a la “realización de una obra o servicio determinado” supone o constituye la causa de la temporalidad para la que se necesita la prestación de servicios del trabajador lo que, sin duda, implica la consideración de que la obra o servicio concertado sea de índole eventual, por lo que, en

consecuencia, tal modalidad contractual no es admisible para la ejecución de actividades normales y permanentes de la empresa (Tribunal Supremo, 26.09.85).

TERCERO.- En el supuesto presente, con independencia de las discrepancias que pudieran surgir en relación con la validez y eficacia, en términos generales, del precepto convencional colectivo antes referido, lo que excedería del ámbito de la presente controversia, cabe establecer que las partes suscribieron con fecha 03.03.98 un contrato de duración determinada, al amparo del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, según redacción dada por el Real Decreto Ley 8/97 de 16 de mayo, en cuya cláusula primera se estipuló que “el trabajador prestará sus servicios como albañil incluido en el grupo profesional categoría /nivel peón de acuerdo con el sistema de clasificación profesional vigente en la empresa, en el centro de trabajo ubicado en carretera de..., Narón”, acordándose en la cláusula sexta que “la duración del contrato será de obra y se extenderá desde 03.03.98 hasta fin de obra” y en la séptima que “el objetivo del presente contrato es por obra: mientras duren los trabajos propios de su actividad en la obra que la empresa esta realizando en crtra de..., Narón”, siendo así que según refleja el inalterado, por incombato, ordinal 4º de los que constituyen el relato histórico de la sentencia de instancia “si bien el actor prestó servicios en la obra carretera de..., Narón hasta que finalizó la misma en el mes de junio de 1999, continuó prestando servicios para la demandada en las siguientes obras sitas en las localidades de Guisamo, Bergondo, Moeche, San Sadurniño, Boimorto”, estableciendo el ordinal 5º que “la última obra en la que trabajó el actor fue en la localidad de Boimorto, finalizando la misma el 23.11.99”; quiere ello decir que la obra para la que fue contratado finalizó en junio de 1999, de manera que los servicios prestados con posterioridad no pueden tener amparo en la aplicación de la cláusula adicional del contrato de fecha 03.03.98 en la que se establece que “este contrato se acoge al artículo 29 apart 2º del convenio general de construcción donde establece que los trabajadores fijos de obra podrán prestar servicios en una misma provincia durante un período máximo de tres años consecutivos” y ello por haber desaparecido el sustrato de aplicación de dicha norma convencional por cuanto la participación del actor en las obras a que se refiere el antes citado ordinal 4º de la sentencia de instancia se produjo cuando ya no tenía vigencia la cobertura contractual que ligaba a las partes desde el día 03.03.98 al haberse llegado al límite de duración del contrato para obra o servicio determinado por fin de los trabajos para los que había sido contratado, y en consecuencia, so pena



de desnaturalizar la naturaleza de dicha modalidad contractual, no devenía procedente la aplicación de la norma convencional colectiva, y la prestación de servicios por parte del trabajador en fechas posteriores a la finalización de la obra para la que fue contratado, lo que acaeció en el mes de junio de 1999, llevando a cabo trabajos en distintas localidades de la provincia, siendo la última obra en la que trabajó en la localidad de Boimorto finalizando la misma el día 23.11.99 y notificándole la empresa por carta de fecha 09.11.99 que comenzaría sus vacaciones el día 10.11.99 hasta el 22.11.99 fecha a partir de la cual causaría baja en la empresa “por finalización de los trabajos para los que había sido contratado”, conlleva la consideración de la existencia de una relación laboral de carácter indefinido y por consecuencia, la declaración de que el cese constituye despido improcedente por parte de la empresa al no acreditar causa que lo justificase.

CUARTO. En consecuencia, con estimación del recurso articulado por F.L.C., deviene procedente la revocación de la sentencia de instancia, condenando a la parte demandada en los términos que se dirá, con aplicación de lo dispuesto en el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores y sin perjuicio, en su caso, de lo establecido en el artículo 57 del propio texto legal.

#### Fallamos

Estimando el recurso articulado por F.L.C., contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de esta Ciudad de fecha 24 de enero de 2000, en autos nº 941/99, en los presentes autos sobre despido, revocamos dicha sentencia y con estimación de la demanda interpuesta por el referido actor, declaramos la improcedencia de su despido y, en consecuencia, condenamos a la empresa demandada “C.B.L.G., S.L.” a que, en el plazo de cinco días contados desde la notificación de esta resolución, opte entre readmitir al trabajador o bien abonarle la cantidad de trescientas treinta y dos mil trescientas noventa y una (332.391) pesetas en concepto de indemnización, más la suma, en ambos casos, de los salarios dejados de percibir desde su despido a razón del salario diario de cuatro mil doscientas ochenta (4.280) pesetas hasta la notificación de la presente sentencia, con aplicación en su caso, del artículo 57 del Estatuto de los Trabajadores.

## 2940 RECURSO Nº 1.006/00

S. S.

DESIGNACIÓN UNILATERAL POLO EMPRESARIO DOS TRABALLADORES DE SERVICIOS DE SEGURIDADE E MANTEMENTO, CON OCASIÓN DO EXERCICIO DO DEREITO DE FOLGA.

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

A Coruña, a veinticuatro 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 nº 1.006/00, interpuesto por Transportes “C., S.A.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de Ferrol.

#### Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 597/90 se presentó demanda por CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA en reclamación de TUTELA LIBERTAD SINDICAL siendo demandado Transportes “C., S.A.” y siendo parte el MINISTERIO FISCAL en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 15.12.1999 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1.- La Empresa demandada se dedica al Transporte de Mercancías por Carretera perteneciendo el Delegado de Personal al Sindicato C.I.G.- 2.- El Secretario de la Unión Comarcal de la C.I.G., E.C.D. en fecha 23 de noviembre de 1999 comunicó a medio de escrito de fecha 22.11.99, y con entrada en la Delegación Provincial de A Coruña de la Consellería de Relacións Laborais el 23.11.99, a la Empresa demandada. Dicha Huelga que se convoca es indefinida y comenzará a las 8 horas del día 29 de noviembre de 1999”.- 3.- No existió negociación ni iniciativa ni por el Comité de Huelga ni por la Empresa para negociar los servicios mínimos. La Empresa el 26 de noviembre de 1999 hizo público en el Tablón de Anuncios de la Empresa un

escrito en el que se hacía constar: “Servicios mínimos huelga de 22/11 y sucesivos. Al objeto de atender las disposiciones contractuales con diversas Empresas y para el mantenimiento de contratos con las mismas, de conformidad con la legislación vigente se vienen a determinar la maquinaria que ha de estar en disposición de servicios, esto es: -1 GRÚA DE 35 TM.- GRÚA DE 50 TM.- 1 GÓNDOLA.- 1 CAMIÓN GRÚA”.- A tal efecto la Empresa remitió comunicación escrita firmada por el Jefe de Personal a los trabajadores correspondientes a la anterior maquinaria, B.M., J.L.S., N.P. y J.A.O. en la cual se les designaba para la realización de las tareas de carácter urgente que no puedan ser objeto de interrupción o paralización alguna. Las tareas realizadas por dichos trabajadores y maquinaria se corresponden con el proceso productivo de la Empresa, principalmente correspondientes a la obra contratada con “E.” en As Pontes.”

**TERCERO.-** Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que, ESTIMANDO la demanda debo declarar y declaro la nulidad radical de los servicios mínimos impuestos por la Empresa por ser antisindical y condeno a la Empresa TRANSPORTES “C., S.A.” a que, estando y pasando por tal declaración, cese en su conducta antisindical y vulneradora del derecho de huelga si que haya lugar a abonar en concepto de indemnización cantidad alguna.”

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

#### **Fundamentos de derecho**

**PRIMERO.-** La sentencia de instancia, estimando la demanda, declaró la nulidad radical de los servicios mínimos impuestos por la empresa, condenándola al cese en su comportamiento antisindical vulnerador del derecho de huelga, y frente a ella recurre la codemandada en denuncia de infracción del art. 6.7 del R.D. -Ley 17/1997, de 4 de marzo, en relación con la sentencia del T.C. de 08.04.81, y del art. 6.4 del Código Civil.

**SEGUNDO.-** Lo ocurrido puede sintetizarse así: el 23.11.99 el secretario de la Unión comarcal del sindicato C.I.G. comunicó, a medio de escrito fechado el día anterior, a la Autoridad Laboral y a la empresa la iniciación, a las 8 horas del día 29.11.99, de una huelga indefinida que afectaría a todas las actividades de los Trabajadores; el 26.11.99 la empresa publicó en el tablón de anuncios un escrito haciendo constar los

“servicios mínimos” de la huelga, consistentes en la prestación de servicios de 4 trabajadores – nominalmente designados- en dos grúas, una góndola y un camión-grúa.

Pues bien, así las cosas, decae el recurso. La S.T.C. de 11/1981 declaró, en efecto, la inconstitucionalidad del inciso final del art. 6.7 del R.D. Ley 17/1997 en cuanto atribuía al empresario la facultad de designar a los trabajadores que deban efectuar los “servicios necesarios para la seguridad de las personas y de las cosas, mantenimiento de los locales, maquinaria, instalaciones, materias primas y cualquier otra atención que fuese precisa para la ulterior reanudación de las tareas de la empresa”. Y resulta que ésta cometió un doble abuso: no sólo designó unilateralmente a cuatro trabajadores para la realización, durante la huelga, de determinados cometidos, sino que los impuestos nada tenían que ver con legalmente autorizados en el art. 6.7 del R.D. Ley citado, pues se “correspondían con el proceso productivo de la empresa” (H.P 3º).

No obsta a lo anterior el que el Comité de Huelga no hubiere tomado la iniciativa en la negociación de los servicios mínimos (lo que, según argumentación de la recurrente, convierte la huelga en ilícita y le autoriza a fijarlos), pues, en todo caso, la empresa ha de dar participación en la designación de los servicios de seguridad y mantenimiento al Comité de Huelga, habiendo tenido tiempo suficiente para ello desde la notificación efectuada el 23.11.99, o bien acudir a la mediación de la Inspección de Trabajo o de la Autoridad laboral motivando la urgencia y necesidad de los servicios a prestar durante el periodo de huelga, pero no arrogarse unas facultades de imposición unilateral de las que carece, además de no justificar ni las medidas, ni los criterios, ni los servicios a ejecutar, en clara vulneración del art. 28.2 de la C.E. y 6.7 y 7.1 del R.D. Ley 17/1997.

Por lo expuesto

#### **Fallamos**

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la empresa Transportes “C., S.A.” contra la sentencia de 15.12.99 del Juzgado de lo Social nº 1 de Ferrol (autos 597/90), confirmamos la resolución de instancia y condenamos a la recurrente al abono de 50.000 pts en concepto de honorarios del Letrado impugnante del recurso, así como a la pérdida del depósito constituido para recurrir.

## 2941 RECURSO Nº 739/00

S. S.

PRAZO DE CADUCIDADE IMPOSTA POR CONVENIO COLECTIVO, A PROPÓSITO DE RECLAMACIÓN SOBRE VALORACIÓN DE POSTOS DE TRABALLO.

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

A Coruña, a veinticinco 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. 739/00 interpuesto por el COMITÉ DE EMPRESA de “A.A.”, contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de Lugo.

### Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por el COMITÉ DE EMPRESA de “A.A.” en reclamación de CONFLICTO COLECTIVO siendo demandadas las empresas “A.E., S.A.” y “A.L.A.E., S.A.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 612/99 sentencia con fecha veintidós de diciembre 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: “1º) Seguido en las mercantiles “A.E., S.A.” y “A.L.A.E., S.A.” con domicilio en... (Lugo), dedicadas a la actividad de producción de aluminio, el procedimiento establecido en el art. 8 del Convenio Colectivo de aplicación al Centro de Trabajo de... (Lugo), publicado en el BOP de Lugo el 31.03.1997, obrante en el ramo de prueba de las demandadas, cuyo contenido (de la norma convencional) se da por reproducido en este ordinal, para la Valoración de Puestos de Trabajo, y en concreto del PT de “Empleado de Medio Ambiente A”, para el que se establecen como requisitos carnet de conducir clase B, nivel de conocimiento equivalente al de enseñanza obligatoria y carencia de vértigo y estado físico adecuado para el desplazamiento y trabajo en grandes alturas, en Acta nº 4/1998 de 21.10.98,

Reunión de la Comisión paritaria de Valoración de Puestos de Trabajo, los técnicos de valoración de la Empresa se ratifican en la puntuación final resultante de su valoración del nuevo PT: 71,5 puntos que se corresponden con un nivel retributivo 45; por su parte la RT insiste en que la puntuación resultante es de 85,5 puntos, correspondiendo por ello según Baremo un nivel 46./ 2º) En fecha 30.11.98 la Jefatura de Recursos Humanos de las empresas comunica por correo interior al Comité de Empresa que, de acuerdo con lo estipulado en el Convenio Colectivo (art. 8º) se ha procedido a la implantación definitiva de la valoración correspondiente al PT “Empleado de Medio Ambiente A”, con un Nivel 45./ 3º) El 22.01.1999 el Comité de la Empresa de “A.A.” formuló denuncia de Conflicto Colectivo contra la empresa por desacuerdo en la valoración del PT, dada la implantación unilateral y definitiva que lleva a cabo la empresa con fecha 30.11.98 de Nivel 45 del PT “Empleado de Medio Ambiente A”, solicitando del Consello Galego de Relacions Laborais su mediación para llegar a un acuerdo./ 4º).- En fecha 05.02.99 tiene entrada en el Consello Galego de Relacions Laborais escrito de las demandadas en el sentido de denegar su conformidad al inicio del procedimiento de conciliación y mediación presentado por el Comité de Empresa, en tanto el desacuerdo afecta a una sola discrepancia técnica de la valoración de un PT, no ha sido tratado el asunto por la Comisión Paritaria de Interpretación y Vigilancia y no afecta a intereses generales sino sólo a tres trabajadores./ 5º) Por ello el Consello Galego, rehusado el procedimiento AGA por la empresa, comunicó en fecha 09.02.99 al Comité de Empresa que procedía ex. Artículo 14.4º in fine del texto legal del propio AGA al archivo de las actuaciones./ 6º.- En Acta nº 1/99, reunión de la Comisión de Interpretación y Vigilancia de fecha 12.03.99, la RT y RD se mantuvieron en sus respectivas posiciones, constatándose el desacuerdo en la valoración del nuevo PT “Empleado de Medio Ambiente A”./ 7º) La parte demandante no ha promovido el procedimiento de mediación previsto en el ASEC./ 8º) Presentada papeleta de conciliación ante el SMAC con fecha 22-julio-99, se celebró el preceptivo acto de conciliación previa el día 06.08.1999, que concluyó con el resultado “sen avinza”. Se interpuso la demanda origen de estas actuaciones siendo repartida a este Juzgado de lo Social con fecha 01.10.99./ 9º) El nuevo PT “Empleado de Medio Ambiente A” es supervisado pro el encargado de Medio Ambiente, a cuyo Departamento pertenece, no teniendo como tarea principal la de conducir vehículos amparados por la licencia clase B, siendo esta actividad (conducción) meramente instrumental de sus tareas principales: efectuar las operaciones que sean necesarias para la captación y toma de

muestras de los efluentes gaseosos, líquidos y sólidos en la forma y en los lugares que se le indiquen; realizar medidas sencillas con instrumental adecuado y vigilar estrictamente los aparatos en operación del modo y con la frecuencia que se le señale, realizando, al mismo tiempo, las pequeñas reparaciones asequibles que sean necesarias; reflejar fielmente los datos y parámetros observados, en los documentos de que dispone a tal fin, realizando operaciones sencillas de cálculo e introduciendo datos en el ordenador; recoger en el entorno las muestras vegetales o animales necesarias, según indicaciones en cada caso, y colaborar en la vigilancia ambiental del interior y del contorno exterior del Complejo./ 10) Para conducir por el interior del complejo no es preciso estar en posesión del carnet clase B, al no regir en él el RGC./ 11º) En el año 1982 el PT existente entonces en la empresa denominado “Jefe Equipo Control Ambiental” tenía otorgado el nivel 46. Este mismo nivel 46 corresponde hoy al “Analista B” cuyas exigencias de instrucción y formación profesional son muy superiores a las que requieren para acceder al nuevo PT “Empleado de Medio Ambiente A”/ 12) En el nuevo PT se pretenden refundir dos PT denominados “Empleado Control Ambiental” y “Empleado Control Ambiental y torre Meteorológica”, que no han desaparecido aún, con niveles 44 y 45, respectivamente, sin estar ocupado el nuevo PT, afectando el conflicto a todos los trabajadores que reuniendo los requisitos establecidos en el anterior ordinal 1º) quieran optar el desempeño del nuevo PT./ 13) La principal divergencia entre la RT y la RD radica en la valoración del permiso de conducción clase B exigido para acceder al PT “Empleado de Medio Ambiente A”, que la RT entiende que no se ha valorado debidamente por los técnicos de la empresa, y así en el apartado I “Cualidades físicas” la RT considera 23,9 puntos y la RD 18,3 puntos, pues al subapartado “reflejos” la RT asigna 6 puntos y la RD 2 puntos; en el apartado V “Formación Profesional” la RT valora 14 puntos y la RD 11 puntos, diferencia que resulta de valorar el subapartado “conocimientos técnicos” la RT con 8 puntos y la RD con 5 puntos. La RT considera 6 puntos por reflejos porque el PT y ello se complementa al tener que manejar un vehículo por interior y exterior de fábrica. Asimismo la RT otorga 8 puntos a los conocimientos teóricos al considerar que para adquirir los precisos para el desempeño del nuevo PT son necesarias 960 horas de formación = 120 días = 4 meses. La RD considera 2 puntos (reflejos) por accionar hasta 2 pulsadores de forma muy rápida y 5 puntos (conocimientos teóricos) por entender que con 1-3 meses de formación es suficiente. La RT considera que la conducción supera el 15% de la jornada laboral, la RD que no alcanza este promedio./ 14º) En la

valoración del PT se ha seguido el Manual Bedaux”.

**TERCERO.-** Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que en la demanda sobre Conflicto Colectivo deducida por el COMITÉ DE EMPRESA “A.A.” de..., (Lugo) contra las mercantiles “A.E., S.A.” y “A.L.A.E., S.A.”, apreciando la excepción perentoria de prescripción, debo absolver y ABSUELVO a las demandadas de lo pedido frente a ellas”.

**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.-** Frente a la sentencia de instancia que apreció la excepción de prescripción al amparo del artículo 8.2.6 del Convenio Colectivo de la empresa, al transcurrir más de tres meses desde la notificación al Comité de Empresa (30.11.98) hasta la reclamación ante la jurisdicción competente (presentación de la papeleta de conciliación ante el SMAC 22.07.99). Por el Comité de Empresa de “A.A.”, se presentó recurso de suplicación, articulando dos motivos de recurso, al amparo del art. 191 apartados b) y c) de la L.P.L.

**SEGUNDO.-** Que como primer motivo del recurso, al amparo del art. 191 ap. b) de la L.P.L., pretende el Comité de empresa recurrente la ampliación del hecho probado sexto de la sentencia de instancia, proponiendo, que tal hecho probado quede redactado del siguiente modo: “En acta nº 1/99, Reunión da Comisión de Interpretación e Vixilancia de data 12.03.99 a RT e RD se mantiveron nas súas respectivas posicións, constatándose no desacordo na valoración do no PT, Empregado de Medio Ambiente A e se continuarán tendo reunións para tratar dito asunto”. Modificación que basa en el acta de juicio (folio 17 de los autos).

Revisión fáctica que pretende que no pueda prosperar, pues pretende fundarse la parte recurrente en el acto de juicio y testifical, elementos probatorios inhábiles a dichos fines, como resulta del art. 191.b) de la L.P.L., no constituyendo documento hábil para revisar, el acta de juicio, ya que no es más que la constancia documentada de las diversas pruebas y alegaciones vertidas en aquel juicio.

Pretende, en realidad, el recurrente, que se adicione al hecho sexto la frase: “y se continuaron



teniendo reuniones para tratar dicho asunto”, con base en el contenido del acta de juicio, pretendiendo dar apariencia de documental (que no lo es) a lo que en realidad no es sino una testifical, elemento probatorio inhábil a dichos fines revisorios. Siendo de señalar que la adición que se pretende, es además, por su inconcreción, intrascendente para variar el sentido del fallo, y ni siquiera de dicho medio inhábil resulta el contenido que se pretende adicionar, frase que, aún de adicionarse, no podría dar lugar a la modificación del fallo, dada su inconcreción.

TERCERO.- El Comité de Empresa recurrente articula, como segundo motivo del recurso, al amparo del apartado c) del art. 191 de la L.P.L., infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia, concretamente infracción, por aplicación indebida del art. 8.2.6 y 46 y 47 del Convenio Colectivo, alegando sustancialmente que los tres meses de plazo para interponer el recurso no transcurrieron, y, por lo tanto, no existe prescripción. Y que el asunto fue sometido a la Comisión Paritaria y con fecha de 11.01.99, remite el Comité de Empresa acta de disconformidad en la valoración del PT empleado A Medio ambiente suplicando se dicte sentencia y estimando la demanda declarando que el puesto de trabajo de empleado de Medio ambiente A, debe corresponder el nivel 46.

Que el art. 8 del Convenio Colectivo de la empresa “A.E., S.A.”, “A.L.A.E., S.A.” con la vigencia temporal de 1996 a 1999 inclusive, publicado en el B.O.P. de 31.03.97, regula la valoración de puestos de trabajo, estableciendo que la valoración de puestos de trabajo, se regirá por las reglas y criterios establecidos en el mismo, y el apartado 8.2.6 establece que “la calificación” de ser aceptada por la representación de los trabajadores, adquirirá firmeza incorporándose a la valoración general. Si la calificación no fuera aceptada podrá ser implantada por la Dirección de la empresa, quien deberá notificar su decisión al Comité.

En este caso se habilitará un plazo de tres meses, contando a partir de la fecha de la notificación, durante el cual, tanto el Comité de empresa, como el trabajador afectado, podrán iniciar la reclamación oportuna ante la jurisdicción competente. Transcurrido el indicado plazo sin formularse oposición, la calificación implantada adquirirá plena firmeza. Pues bien, dicho precepto en el apartado 8.2.6, establece, para la concreta materia de la valoración de puestos de trabajo, cuyas reglas y criterios regula, un plazo de caducidad, caducidad convencional que en cuanto que establecida en el Convenio Colectivo de la empresa, y al respetar los mínimos de derecho necesario, al no reducir desmesuradamente los

plazos de caducidad, ha de admitirse. Y concurre en el supuesto de autos, toda vez que, de acuerdo con el precepto convencional citado, si la calificación o valoración del puesto de trabajo realizada por la Dirección de la empresa, no es aceptado por la representación de los trabajadores, tanto el Comité de empresa, como el trabajador afectado, disponen de un plazo de 3 meses (cuyo cómputo se inicia, a partir de la notificación de la valoración de la Empresa al Comité), para iniciar la reclamación ante la jurisdicción competente; transcurrido el cual, la calificación implantada adquiere firmeza, e inalterado el ordinal fáctico correspondiente, es obvio, que entre la fecha de notificación de la empresa al Comité, de la implantación definitiva de la valoración correspondiente al puesto de Empleado de Medio Ambiente en 30.11.98, y la fecha de presentación de la papeleta de conciliación ante el SMAC, el 22.07.99, había transcurrido ampliamente el plazo de 3 meses establecido, por tanto, la valoración realizada había adquirido firmeza y la acción ejercitada se hallaba caducada, como acertadamente razona la juzgadora “a quo”.

También se denuncia infracción de los artículos 46 y 47 del Convenio Colectivo, alegando que el asunto fue sometido a la Comisión Paritaria y en fecha de 11.01.99 remite al Comité de Empresa acta de disconformidad en la valoración del P.T. empleado “A”. Medio ambiente.

Y con dicha escueta argumentación, y sin postular la revisión de hechos probados, pretende la recurrente que se toma en consideración un hecho y una fecha no acreditados, y que chocan con los declarados probados. Y pretende que se considere celebrada una reunión de la Comisión de Interpretación y Vigilancia del Convenio en fecha de 11.01.99, cuando consta en el hecho declarado probado sexto que se celebró más tarde concretamente el día 12.03.1999 haciéndose constar que es la primera del año 1999.

Que por otro lado, los arts. 46 y 47 del Convenio Colectivo dedicados a la solución extrajudicial de Conflictos Colectivos y a la Comisión de Interpretación y Vigilancia que establecen como trámite inexcusable el interesar la intervención de la Comisión Paritaria del Convenio con anterioridad a la modificación prevista en el A.G.A. o alternativamente en el A.S.E.C. Lo cierto es que en el supuesto de autos y cohonstando dichos preceptos con el precitado art. 8.2.6 del Convenio que establece para la concreta materia de valoración de puestos de trabajo un plazo de caducidad de 3 meses. Se estima que en el caso de autos no sería aplicable el trámite previo de interesar la intervención de la citada Comisión Paritaria del Convenio con

anterioridad a la mediación prevista en el AGA, o en el ASEC. Y ello por la razón obvia de la práctica imposibilidad de exigir dicha intervención, antes del transcurso del plazo de caducidad (de 3 meses desde la fecha de notificación).

En consecuencia,

### Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por el COMITÉ DE EMPRESA de “A.A.”, contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de Lugo, de fecha veintidós de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, dictada en autos núm. 612/99 seguidos a instancia de el Comité recurrente contra las empresas “A.E., S.A.” y “A.L.A.E., S.A.” sobre CONFLICTO COLECTIVO, confirmando íntegramente la resolución recurrida.

## 2942 RECURSO Nº 03/0008714/1994

S. CA.

PROCEDENCIA DE SANCIÓN  
CONSISTENTE NA EXTINCIÓN DAS  
PRESTACIÓNS POR DESEMPREGO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Bautista Quintas Rodríguez

En la Ciudad de A Coruña, veintiséis de abril 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 03/0008714/1994, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por E.E.O.F., con D.N.I... domiciliado en...(Pontevedra), representado por don J.M.G.M. y dirigido por el letrado don A.A.V., contra Resolución de 29.09.94 desestimatoria de R.alzada contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Pontevedra-Vigo de 13.04.94 sobre sanción de extinción del subsidio de desempleo nº 19/94; Expte: nº 16.377/94. 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 11 de abril de 2000, fecha en que tuvo lugar.

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

### Fundamentos de derecho

I.- El objeto del recurso se centra en determinar la conformidad o no al ordenamiento jurídico de la resolución recurrida, dictada con fecha 29 de septiembre de 1994 por la Dirección General de Servicios del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, confirmatoria de la resolución dictada por la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Pontevedra de fecha 13 de abril de 1994 en virtud de la cual se le impone sanción de extinción del subsidio por desempleo, de acuerdo con el art. 46.1 de la Ley 8/88, de 7 de abril.

La citada resolución desestimó en efecto, el recurso ordinario interpuesto por don E.E.O.F. contra resolución de la Dirección Provincial de Trabajo, Seguridad Social y Asuntos Sociales de Pontevedra en Vigo, confirmatoria a su vez del acta de Infracción núm. T-19/94, de 11 de marzo de 1994, por la que estimándose al recurrente responsable de una infracción muy grave de las definidas en el art. 30.3.2 de la Ley 8/88, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones de orden social, se le impuso la sanción de referencia, en relación con lo dispuesto en el art. 13.1 de la Ley 31/94.

La Administración demandada comparece en el proceso e interesa la desestimación de la demanda

por ser conforme a derecho la resolución impugnada.

II.- En el caso de autos nos hallamos en presencia de una sanción que tiene su origen en un acta de la Inspección de Trabajo que contiene un explícito relato de las circunstancias que determinaron su extensión, exponiendo detalladamente el procedimiento seguido por la empresa y el trabajador para la obtención por parte de éste de prestaciones por desempleo en connivencia con el empresario. Se trata por tanto de un acto administrativo sancionador dictado por la Administración Laboral cuya fiscalización corresponde a esta jurisdicción contenciosa, lo que no ocurriría si el recurso versara, en aplicación de lo dispuesto en la Ley 31/84, de 2 de agosto, sobre una resolución del Instituto Nacional de Empleo relativa al reconocimiento, denegación, suspensión o extinción de las prestaciones por desempleo.

III.- Concretados en esos términos el objeto de la presente litis, hay que examinar el fondo del asunto; a este respecto, debe tenerse en cuenta que, como se revela del acta el recurrente, E.E.O.F., en la solicitud de dicho subsidio, efectuada en fecha 07.11.90, declara cumplir entre otros requisitos exigidos por la normativa vigente, con el de carecer de rentas de cualquier naturaleza superiores al salario mínimo interprofesional. No obstante lo anterior a la declaración del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas correspondiente al ejercicio de 1990, efectuada conjuntamente con su cónyuge, doña M.P.N. declara haber obtenido unos rendimientos anuales de 1.287.787 ptas. (392.585 ptas. de capital mobiliario y 895.202 ptas. de letras del tesoro). Si se le imputa la mitad, al tratarse de bienes gananciales, al beneficiario, le corresponde 643.893 ptas./año, que prorrateadas en los 12 meses del año, supondrían una renta mensual de 53.658 ptas. Cuantía esta superior al salario mínimo interprofesional previsto para el año 1990, según se expone en el Acta.

Sin duda el recurrente se ha propuesto desvirtuar la presunción de acierto de que goza la misma presentando las declaraciones de la renta de los años 1989, 1991, 992 y 1993; no así –obsérvese- la de 1990, la cual tampoco obra en el expediente, pues, como arguye “se entregó en día sin que fuese devuelta” por lo que interesa de la Sala y bajo la cobertura del art. 69.2 de la Ley de esta Jurisdicción se peticione de la Delegación de Hacienda de A Estrada, e interesa a medio de otrosí digo el recibimiento del pleito a prueba la cual se contrae a documental a) el propio expediente administrativo en que se dictó la resolución recurrida y b) la que se aporta con la

demanda y reseñada en el hecho segundo y la peticionada.

Por Auto de esta Sala de fecha 12 de mayo de 1995 se acordó no ha lugar al recibimiento del pleito a prueba, interesado por la representación de la parte recurrente notificado el 18 de mayo de 1995 en el que se le ofreció recurso de súplica dentro de los cinco días siguientes a la notificación de esta resolución, sin que fuere recurrida por lo que dada cuenta se declaró firme por providencia de fecha 31 de mayo de 1995.

De esta suerte la parte recurrente se aquietó ante la negativa de la prueba y abdicó de la misma, al margen de que en su proposición no concretó los hechos sobre los que tenía que versar de conformidad con lo dispuesto en el art. 74.2 de la Ley de la Jurisdicción, teniéndosele asimismo decaída en el derecho al trámite de conclusiones a que se refiere el art. 78 de la Ley Tributaria de referencia mediante propuesta de providencia de fecha 9 de diciembre de 1999.

Ciertamente el recurrente se ha limitado a acompañar a la demanda las declaraciones de la renta correspondientes a los años 1989, 1991, 1992 y 1993; no así el correspondiente a 1990 porque se entregó en su día sin que fuese devuelta -arguye- aunque sin concretar donde se entregó, y a requerimiento de quién, al margen de no alegar razón que le impidió obtener personalmente copia del original de la propia Administración de Hacienda, con olvido de que en este proceso rige el principio dispositivo y pese a que el ejemplar 101, declaración simplificada correspondiente a ese mismo ejercicio de 1990, ejemplar para el interesado, -no así el ejemplar para la Administración de Hacienda, que es el que realmente se entrega- debe obrar en su poder, por lo que la supuesta indefensión que tiene su origen directo en la pasividad o el desinterés de la parte queda excluida -como ha señalado ya el TC en sentencia de fecha 8 de junio de 1989- del ámbito protector del art. 24.1 de la CE.

En el particular conviene recordar por tanto que es doctrina reiterada del Tribunal Supremo establecida, entre otras, en las sentencias de 27 de septiembre, 24 de noviembre y 27 de diciembre de 1988; 29 de marzo y 6 de noviembre de 1989 y 2 de febrero de 1990, la que declara que las actas levantadas por la Inspección de Trabajo, gozan de presunción “iuris tantum” de veracidad prevista en el art. 38 del Decreto 1.860/75, de 10 de julio y aplicando tal doctrina al caso de autos, que la parte recurrente no desvirtúa -como queda señalado- hay que confirmar, luego, la resolución impugnada.

Los razonamientos expuestos conducen, por tanto, a desestimar el recurso interpuesto.

IV.- No son de apreciar motivos determinantes de expresa condena en costas al no concurrir las circunstancias que, conforme al art. 131 de la Ley Jurisdiccional, harían preceptiva su imposición.

VISTOS los artículos citados y demás preceptos de general y pertinente aplicación,

#### Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por E.E.O.F. contra Resolución de 29.09.94 desestimatoria de R.alzada contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y S. Social de Pontevedra-Vigo de 13.04.94 sobre sanción de extinción del subsidio de desempleo nº 19/94; Expte. nº 16.377/94, dictado por MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. Sin imposición de costas.

### 2943 RECURSO Nº 03/0009195/1996

S. CA.

ENCADRAMENTO DE ADMINISTRADORES SOCIAIS NA SEGURIDADE SOCIAL.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Antonio Vesteiro Pérez

En la Ciudad de A Coruña, veintiséis de abril 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 03/0009195/1996, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por M.P.L., con D.N.I... domiciliado en...(Vigo), representado por don A.P.F. y dirigido por el letrado don G.R.P., contra Resolución de 10.07.96 desestimatoria de recurso ordinario contra la reclamación de deuda nº 95/134608/74 del Régimen Especial de Autónomos, Nº Identificación... Es parte la Administración demandada TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE VIGO, representada

por el LETRADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. La cuantía del asunto es determinada en 437.675 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 11 de abril de 2000, fecha en que tuvo lugar.

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

#### Fundamentos de derecho

I.- De lo actuado en estos autos y en especial del expediente administrativo se deducen los siguientes hechos: 1º) Con fecha 1 de febrero de 1988 se constituye la Empresa "M., S.L." con un capital de 2.000.000 ptas. figurando como socios capitalistas al 50% los esposos M.P. y M.L.L. y partícipes en los beneficios de dicha Empresa, siendo designado como administrador único M. hasta el 29 de marzo de 1992. 2º) M.P.L. se afilia al Régimen General de la Seguridad Social el 14 de febrero de 1989 hasta el 24 de marzo de 1992 y al mismo tiempo como administrador de la Sociedad. 3º) Posteriormente el 1 de junio de 1993 se le da de alta de oficio en el RETA. 4º) Como consecuencia de las actuaciones su esposa M.L. se da de alta en el Régimen General de la Seguridad Social el 25 de marzo de 1992, figurando como Administradora en documento notarial el 16 de junio del mismo año. 5º) Con fecha 8 de abril de 1996 se adapta y transforma la citada Sociedad por virtud de escritura notarial cambiando de domicilio social y siendo sus únicos socios los citados esposos.

II.- Como consecuencia de lo relatado en el anterior considerando hemos de tener en cuenta, de una parte que no puede ser considerado como trabajador por cuenta ajena a M.P. que interviene



no sólo como socio capitalista de la Sociedad sin que además perciba los beneficios de la Empresa y es administrador de la misma al mismo tiempo que incurre en una evidente infracción del art. 14.1.2 de la LISOS al no cotizar por dicha situación y en especial teniendo en cuenta que se participa de las ganancias de la sociedad, sin que se hubiera demostrado la presunción de objetividad de la Inspección de Trabajo en sus visitas al Centro de Trabajo de Puente Caldelas y de Vigo, por otra parte no existe una falta de prueba documental cuando precisamente debió ser aportada por el recurrente por lo que debemos confirmar el acta levantada por la actuación inspectora quien detalla todas las vicisitudes acaecidas a los recurrentes, y concreta las circunstancias exigidas por el artículo 22 del Decreto de 1975.

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

#### Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por M.P.L. contra Resolución de 10.07.96 desestimatoria de recurso ordinario contra la reclamación de deuda nº 95/134608/74 del Régimen Especial de Autónomos, nº Identificación..., dictado por TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE VIGO: Sin imposición de costas.

### 2944 RECURSO N 03/0009197/1996

S. CA.

ENCADRAMENTO DE ADMINISTRADORES SOCIAIS.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Antonio Vesteiro Pérez

En la Ciudad de A Coruña, veintiséis de abril 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 03/0009197/1996, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por M.P.L., con

D.N.I... domiciliado en...(Vigo), representado por don A.P.F. y dirigido por el letrado don G.R.P., contra Resolución de 03.06.96 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Pontevedra sobre acta de infracción nº 1.845/94; Expte. nº 11.576/95. Es parte la Administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, representada por el ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es determinada en 60.000 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 11 de abril de 2000, fecha en que tuvo lugar.

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

#### Fundamentos de derecho

I.- De lo actuado en estos autos y en especial del expediente administrativo se deducen los siguientes hechos: 1º) Con fecha 1 de febrero de 1988 se constituye la Empresa "M., S.L." con un capital de 2.000.000 pts. figurando como socios capitalistas al 50% los esposos M.P. y M.L.L. y partícipes en los beneficios de dicha Empresa, siendo designado como administrador único M. hasta el 29 de marzo de 1992. 2º) M.P.L. se afilia al Régimen General de la Seguridad Social el 14 de febrero de 1989 hasta el 24 de marzo de 1992 y al mismo tiempo como administrador de la Sociedad. 3º) Posteriormente el 1 de junio de 1993 se le da de alta de oficio en el RETA. 4º) Como consecuencia de las actuaciones su esposa M.L. se da de alta en el Régimen General de la Seguridad Social el 25 de marzo de 1992, figurando como Administradora en documento notarial el 16 de junio del mismo año. 5º) Con fecha 8 de abril de 1996 se adapta y transforma la

citada sociedade por virtude de escritura notarial cambiando de domicilio social y siendo sus únicos socios los citados esposos.

II.- Como consecuencia de lo relatado en el anterior considerando hemos de tener en cuenta, de una parte que no puede ser considerado como trabajador por cuenta ajena a M.P. que interviene no sólo como socio capitalista de la Sociedad sin que además perciba los beneficios de la Empresa y es administrador de la misma al mismo tiempo que incurre en una evidente infracción del art. 14.1.2 de la LISOS al no cotizar por dicha situación y en especial teniendo en cuenta que se participa de las ganancias de la sociedad, sin que se hubiera demostrado la presunción de objetividad de la Inspección de Trabajo en sus visitas al Centro de Trabajo de Ponte Caldelas y de Vigo, por otra parte no existe una falta de prueba documental cuando precisamente debió ser aportada por el recurrente por lo que debemos confirmar el acta levantada por la actuación inspectora quien detalla todas las vicisitudes acaecidas a los recurrentes, y concreta las circunstancias exigidas por el artículo 22 del Decreto de 1975.

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

#### Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por M.P.L. contra Resolución de 03.06.96 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Pontevedra sobre acta de infracción nº 1.845/94; Expte. nº 11.576/95, dictado por MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. Sin imposición de costas.

### 2945 RECURSO Nº 918/2000

S. S.

TUTELA DE LIBERDADE SINDICAL, A PROPÓSITO DA PERCEPCIÓN DE ANTICIPOS SALARIAIS.

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

A Coruña, a vinteiocho 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. 918/2000 interpuesto por don V.L.R. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de Lugo.

#### Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don V.L.R. en reclamación de TUTELA DERECHOS LIBERTAD SINDICAL siendo demandada la empresa "C.R.L., S.C.L." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 669/99 sentencia con fecha 17 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: "1º).- El demandante, don V.L.R., mayor de edad, vecino de Lugo, con DNI..., viene prestando servicios para la Empresa demandada "C.R.L., S.C.L.", con antigüedad de 1-abril-1975, encuadrado en el Grupo II, nivel 7 del Convenio Colectivo de aplicación, y salario mensual de 351.060 ptas., incluida la prorrata de pagas extraordinarias. Está afiliado al Sindicato U.G.T. y fue miembro del Comité de Empresa de la entidad demandada hasta el mes de junio de 1999./ 2º).- Está adscrito, lo mismo que los Sres. don J.A.V. y don P.M.G., a los Servicios Centrales de la demandada integrado en su Equipo Volante de Apoyo a Oficinas -EVA-, precisando vehículo particular para el desempeño diario de las funciones propias del P.T. desarrollado./ 3º).- Percibe como los demás integrantes del EVA según lo establecido en el convenio Colectivo de aplicación 30 ptas. por kilómetro, suma destinada no sólo a sufragar los gastos del combustible y aceite consumido, sino asimismo a la reposición del vehículo particular. Percibió en el año 1998 por este concepto 334.820 ptas. y en el año 99 (hasta el 30.11.99) 290.820 ptas./ 4º).- solicitó el actor por escrito de 7-julio-1999 del Sr. Director Gral. de la demandada, al amparo del art. 35 del Convenio Colectivo y como integrante del EVA, le fuera concedido un anticipo de 9 mensualidades, a devolver en cinco años, por verse en la necesidad urgente de proceder al cambio de su vehículo propio al estar ya muy deteriorado; tratándose de un Volvo 440..., matriculado en fecha 27.07.92, habiendo pedido el demandante un presupuesto de talleres Hnos. "A., C.B.", que obra en autos, de fecha 10.12.99, según el cual el actor tendría que desembolsar la suma de 496.379 ptas. para su reposición y mantenimiento, sustituyendo los amortiguadores, junta de culata, cigüeñal de

motor, juego de discos y pastillas de freno, conjunto de embrague.../ 5º).- La petición fue informada favorablemente por unanimidad por el Comité de Empresa el 19-julio-1999 por el Director Gral. de la demandada don A.L.L. del tenor literal(sic). “Le comunico que examinada la solicitud por Ud. Presentada para la concesión de un anticipo de nueve mensualidades, a devolver en cinco años, con la finalidad de adquirir un vehículo, acogiéndose para ello al artículo 34 del vigente Convenio Colectivo; siento tener que comunicarle que no es posible su concesión dado que la finalidad para la que solicita el anticipo no se ajusta a las necesidades importantes o apremiantes (tales como enfermedades graves del cónyuge, hijos y demás familiares, siempre que conviviesen habitualmente con el trabajador y a sus expensas; gastos causados por matrimonio, separación o derivados de instalación por traslado que implique cambio de residencia) que recoge el citado artículo. Y además, Ud. Está percibiendo en virtud de su pertenencia al Equipo de Apoyo a Oficinas la correspondiente asignación económica por la utilización de su vehículo, en cuya asignación económica está incluida la amortización que permite en su día reponer el vehículo usado por otro nuevo. No obstante, la Entidad le ofrece la posibilidad de que solicite un préstamo con la finalidad de adquirir el vehículo, dada su condición de miembro del Equipo de Apoyo a Oficinas, que se le concedería en condiciones especiales”. Escrito de 28-julio-99 que recibió el demandante./ 6º).- El art. 34 del Convenio Colectivo de aplicación recoge la precisión para tener derecho a este anticipo o prestación social, cuya finalidad no está limitada o ligada a la adquisición de un turismo particular, de que concurran las necesidades importantes o apremiantes, debidamente justificadas, a que alude y desglosa la comunicación empresarial supra transcrita de fecha 28-julio-1999 junto con la exigencia de que el trabajador que solicite este anticipo tanga más de un año de antigüedad, siendo preceptivo el informe del comité de Empresa o Delegado de Personal./ 7º).- A iniciativa del Comité de Empresa, entonces integrado por el dte., don A.L.L., Director Gral. de la demandada, dirigió al primero escrito de aclaración/información de fecha 07.V.96 del tenor (sic): “En relación con los llamados “anticipos sin interés” que corresponden a los préstamos regulados en el artículo 35 (en realidad 34) del Convenio Colectivo, es criterio de la Entidad concederlos para aquellas necesidades importantes o apremiantes, debidamente justificadas, que enuncia el artículo del Convenio ya citado; con la excepción, por el momento, de aquellas solicitudes de adquisición de coche por parte del personal perteneciente al Equipo de Apoyo a Oficinas, dada la circunstancia de que se emplean los vehículos para los desplazamientos

de trabajo”./ 8º).- D. J.A.V. y don P.M.G., ambos adscritos al EVA, afiliados a la U.G.T. y no miembros del comité de Empresa, solicitaron y obtuvieron el anticipo litigioso sin pegas del lado de la demandada, el primero en febrero de 1996 y el segundo hace unos 4 años; el Sr. A. acababa de tener problemas de separación conyugal y el Sr. M. había sufrido un accidente de circulación quedándose sin su vehículo./ 9º).- Don M.V.T. hace unos 2 años y medio, cuando entonces no era miembro del comité de Empresa, sin haber estado afiliado nunca a U.G.T., comentó verbalmente con el Director Económico y financiero de la Entidad demandada, persona encargada del estudio de la procedencia de su concesión, la posibilidad de solicitar y serle concedido el anticipo sin interés del art. 34 del Convenio Colectivo de aplicación para adquirir un turismo, informándole el segundo de modo oral de que no concurrían en él las circunstancias que lo justificaban, por lo que solicitó un préstamo personal hace unos cuatro meses. Desde que el Sr. V.T. es miembro del Comité de Empresa de la demandada el único anticipo que ha sido solicitado para la adquisición de un vehículo particular al amparo del art. 34 tantas veces citado lo ha sido por el hoy demandante Sr. D. V.L.R. don M.V.T. no llegó a solicitar formalmente del Director Gral. de la demandada, don A.L.L., el reseñado anticipo de 9 mensualidades”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que desestimando la demanda deducida por don V.L.R. contra la “C.R.L., S.C.L.”, sobre Tutela de los Derechos de Libertad Sindical y discriminación, debo declarar y declaro que no ha lugar a la misma, absolviendo a la entidad demandada de lo pedido frente a ella”.

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.- El demandante recurre la sentencia de instancia, que desestimó su acción sobre tutela del derecho de libertad sindical contra “C.R.L., S.C.L.”, y solicita con amparo procesal correcto revisar los hechos probados y examinar el derecho que contiene aquella resolución.

SEGUNDO.- En el ámbito histórico, propone: A) Suprimir el apartado 3º (“Percibe como los demás integrantes del Eva según lo establecido en el convenio colectivo de aplicación 30 ptas. por kilómetro, suma destinada no sólo a sufragar los

gastos del combustible y aceite consumido, sino asimismo a la reposición del vehículo particular. Percibió en el año 1998 por este concepto 334.820 ptas. y en el año 1999, hasta el 30.11.99, 290.820 ptas.”); alega el artículo 31 del convenio colectivo de las sociedades cooperativas de crédito (resolución 20.05.96, BOE 10.06.96). La pretensión se acepta en parte, porque aunque no indica prueba documental o pericial idónea para revisar el hecho impugnado, como exigen los artículos 191.b) y 194.3 de la Ley de procedimiento laboral (LPL) y entre las cuales no se incluye el convenio colectivo (TS s. 28.04.90), la naturaleza objetiva del relato fáctico se cumple con indicar el concepto y la cuantía salariales reseñados, con exclusión de su contenido que, en su caso, ha de fijarse en sede jurídica. B) Suprimir el apartado 6º (“El art. 34 del convenio colectivo de aplicación recoge la precisión para tener derecho a este anticipo o prestación social, cuya finalidad no está limitada o ligada a la adquisición de un turismo particular, de que concurren las necesidades importantes o apremiantes, debidamente justificadas, a que alude y desglosa la comunicación empresarial supra transcrita de fecha 28-julio-1999 junto con la exigencia de que el trabajador que solicite este anticipo tenga más de un año de antigüedad, siendo preceptivo el informe del comité de empresa o delegado de personal”).

La pretensión se acepta, porque en aplicación de lo que dejamos consignado en el apartado anterior, es innecesario y ajeno al relato fáctico transcribir una norma, legal o paccionada; además, la referencia del hecho impugnado a la decisión empresarial de 28.07.99 es superflua, porque el hecho probado 5º ya la recoge en su literalidad.

C) Añadir al apartado 7º (“A iniciativa del comité de empresa, entonces integrado por el demandante, don A.L.L., director general de la demandada, dirigió al primero escrito de aclaración/información de fecha 07.05.96 del tenor -sic-: En relación con los llamados ‘anticipos sin interés’ que corresponden a los préstamos regulados en el artículo 35º -en realidad 34º- del convenio colectivo, es criterio de la entidad concederlos para aquellas necesidades importantes o apremiantes debidamente justificadas, que enuncia el artículo del convenio ya citado; con la excepción, por el momento, de aquellas solicitudes de adquisición de coche por parte del personal perteneciente al equipo de apoyo a oficinas, dada la circunstancia de que se emplean los vehículos para los desplazamientos de trabajo”), los términos “No obra en los autos prueba ninguna que permita deducir cambio ninguno en la interpretación del artículo 34 del

convenio de aplicación y consignada en el citado escrito de fecha 7 de mayo de 1996”.

La pretensión no se acepta, porque: 1) La jurisprudencia (ss. 15-1, 13-3, 31-5, 28.11.90) declara que “no basta con alegar la inexistencia de prueba que respalde el criterio del juzgador” y que “el error de hecho no puede ponerse de manifiesto mediante la invocación de prueba negativa”. 2) La circunstancia de no haberse practicado -por incomparecencia- la confesión judicial del representante de la demandada, carece de relevancia por tratarse de prueba no idónea para revisar los hechos probados (arts. 191.b), 194.3 LPL) y porque, en su caso y de haber formulado el recurrente la oportuna protesta previa, estaríamos ante un motivo de nulidad del artículo 191.a) LPL, sin perjuicio de las facultades que el artículo 91.2 LPL atribuye a la juez para tener por confeso a quien no comparece a confesar sin causa justa, tal como el recurrente alegó en juicio.

D) Sustituir el apartado 8º (“D. J.A.V. y don P.M.G., ambos adscritos al Eva, afiliados a UGT y no miembros del comité de empresa, solicitaron y obtuvieron el anticipo litigioso sin pegas del lado de la demandada, el primero en febrero de 1996 y el segundo hace unos 4 años; el Sr. A. acababa de tener problemas de separación conyugal y el Sr. M. había sufrido un accidente de circulación quedándose sin vehículo”), por los términos “Don J.A.V. -afiliado a la Unión General de Trabajadores- y don P.M.G., ambos adscritos al EVA. y no miembros del comité de empresa, solicitaron un anticipo para la compra de un automóvil que les fue concedido sin pegas del lado de la demandada, el primero en febrero de 1996 y el segundo hace unos 4 años. El Sr. M. había sufrido un accidente de circulación quedándose sin su vehículo”; se basa en los folios 23, 141 a 252.

La pretensión no se acepta, porque como admite el recurrente, la prueba de testigos (en el caso, Sr. A.V.; folio 23, acta de juicio) no es idónea para revisar los hechos probados (arts. 191.b), 194.3 LPL) y la documental que alega no guarda relación ni avala los términos alternativos propuestos (certificación empresarial del kilometraje que percibió en 1998 y 1999; sentencia de esta Sala de 01.02.96, que desestimó su recurso de suplicación y del Sr. A.V. sobre sanción empresarial; auto de esta Sala de 27.01.99, que inadmitió por razón de la materia su recurso de suplicación sobre reingreso a puesto de trabajo).

E) Suprimir el apartado 9º (“D. M.V.T. hace unos 2 años y medio, cuando entonces no era miembro del comité de empresa, sin haber estado nunca



afiliado a UGT, comentó verbalmente con el director económico y financiero de la entidad demandada, persona encargada del estudio de la procedencia de su concesión, la posibilidad de solicitar y serle concedido el anticipo sin interés del art. 34 del convenio colectivo de aplicación para adquirir un turismo, informándole el segundo de modo oral de que no concurrían en él las circunstancias que lo justificaban, por lo que solicitó un préstamo personal hace unos cuatro meses. Desde que el Sr. V.T. es miembro del comité de empresa de la demandada el único anticipo que ha sido solicitado para la adquisición de un vehículo particular al amparo del art. 34 tantas veces citado lo ha sido por el hoy demandante Sr. don V.L.R. don M.V.T. no llegó a solicitar formalmente al directo gral. de la demandada, don A.L.L. el reseñado anticipo de 9 mensualidades"); se basa en los folios 23 y 27.

La pretensión no se acepta por las razones consignadas en los apartados C.1) y D), respecto de la falta de idoneidad de la prueba negativa y de la testifical para lograr la revisión de hechos; además, el folio 27 no desvirtúa la apreciación judicial impugnada, porque no refiere la situación profesional del Sr. V.T., sino que incorpora la decisión empresarial denegatoria de 28.07.99 sobre el anticipo solicitado por el recurrente.

TERCERO.- En el ámbito jurídico, denuncia las siguientes infracciones: A) El artículo 180.1 LPL en relación con la doctrina de suplicación que cita, pues frente a lo que afirma la sentencia no hay acumulación indebida de acciones por haber incluido en el suplico de la demanda la condena de la demandada al abono del anticipo salarial solicitado, en cuanto es indivisible y consecuencia inmediata de la pretensión principal de declaración de la violación del derecho a la libertad sindical; además, la juez no le requirió para, en ese caso y conforme al artículo 28.1 LPL, elegir la acción que pretendiera mantener.

B) El artículo 179.2 LPL en relación con el artículo 34 del convenio colectivo y la doctrina de suplicación que cita, pues en situación idéntica a sus compañeros de trabajo le fue denegado el anticipo salarial concedido a aquéllos; además, el artículo 34 contiene una mera enunciación ejemplificativa o enumerativa de las causas justificadas que determinan la percepción del anticipo litigioso; la incomparecencia del representante de la empresa, el informe favorable del comité de empresa al anticipo solicitado y las declaraciones testificales justifican los indicios en virtud de los que se produce la inversión de la carga de la prueba, no destruidos por la documental y testifical de la demandada que, en definitiva, apoya su negativa en la percepción del kilometraje, también percibido por aquellos otros

miembros del Eva que, sin embargo, obtuvieron el anticipo litigioso.

C) Los artículos 14 y 28.1 de la Constitución y la jurisprudencia constitucional que cita, pues el derecho a la libertad sindical incluye la prohibición de trato diferenciado sin justificación razonable alguna.

D) Los artículos 12 de la Ley orgánica de libertad sindical, 180 LPL y la jurisprudencia que cita, pues el daño moral, como persona y trabajador, ocasionado a consecuencia de la discriminación es indemnizable en la cifra de un millón de pesetas.

CUARTO.- Con relación a la primera denuncia jurídica, recordamos, a) que según el suplico de demanda, el objeto litigioso es "se dicte en su día sentencia por la que, estimando la presente demanda, previa declaración de la violación de mis derechos de libertad sindical e igualdad, se declare nula la decisión de la empresa descrita en el hecho tercero del presente escrito, así como mi derecho a percibir el anticipo salarial en su día solicitado, condenando a la empresa demandada a estar y pasar por tal declaración y a hacerme efectiva la cantidad de un millón de pesetas (1.000.000.- pts.) en concepto de indemnización por daños y perjuicios", b) que el segundo fundamento de derecho de la sentencia impugnada consigna "...siendo cierto que se han infringido en el caso las disposiciones de los artículos 176 y 27.2 del TRLPL, al pretenderse se integre en el fallo la condena de la demandada a satisfacer al actor el anticipo salarial que en su día solicitó, lo que ha de ser objeto de otro procedimiento al margen de la específica modalidad procesal de tutela de los derechos de libertad sindical, no puede admitirse empero que concurra la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda...", y c) que la jurisprudencia (s. 19.01.98) declara que "el proceso de tutela de libertad sindical comprende las pretensiones que tengan por objeto la tutela de un derecho fundamental, con una doble precisión: - que lo que delimita esa pretensión es la lesión del contenido esencial del derecho en su configuración constitucional o en las normas ordinarias de desarrollo que concretan esa delimitación, - que lo decisivo, a efectos de adecuación del procedimiento, no es que la pretensión deducida esté correctamente fundada y deba ser estimada, sino que formalmente se sustancie como una pretensión de tutela, es decir, que se afirme por el demandante la existencia de una violación de un derecho fundamental. Si no existe la vulneración alegada o si lo que se produce es una infracción simple del ordenamiento jurídico sin relevancia en la protección constitucional del derecho

fundamental invocado, la consecuencia de la limitación de conocimiento que rige la modalidad procesal será la desestimación de la demanda, sin perjuicio en su caso de la conservación de la acción para alegar la eventual existencia de una infracción de legalidad ordinaria en otro proceso”.

La demanda y la jurisprudencia transcritas no permiten compartir la afirmación judicial de instancia sobre la acumulación indebida de acciones: Primero, porque el recurrente solicita o se limita a obtener una declaración favorable al reconocimiento del derecho a percibir el anticipo solicitado y la condena de la empresa a respetar ese pronunciamiento declarativo. Segundo, porque su actividad procesal descansa en una presunta infracción empresarial de su libertad sindical como causa y origen del denegado préstamo sin interés, de modo que, aunque en principio su no concesión debería solventarse a través del procedimiento ordinario, sin embargo puede aparecer directa e inmediatamente relacionada con la denunciada vulneración de aquel derecho constitucional, del que entonces también sería consecuencia; por ello, de apreciarse el alegado comportamiento discriminatorio de la empresa, habría de cubrirse la reparación de sus efectos, entre ellos declarar la procedencia del anticipo señalado. Tercero, porque en otro caso y como alega, la juez debió requerirle en los términos del artículo 28 LPL.

QUINTO.- Las demás infracciones normativas responden a los siguientes datos objetivos: 1º) El recurrente está integrado en el equipo volante de apoyo a oficinas de la demandada “C.R.L., S.C.L.”; para el desempeño diario de sus funciones precisa la utilización de vehículo particular. 2º) Está afiliado a la Unión general de trabajadores (UGT); fue miembro del comité de empresa hasta junio de 1999. 3º) Al igual que otros integrantes del equipo señalado (Sres. A.V. y M.G.), se le abonan 30 pesetas por kilómetro; en 1998 percibió por dicho concepto 334.820 pesetas y en 1999 (hasta noviembre) 290.820 pesetas. 4º) A iniciativa del comité de empresa, y cuando formaba parte del mismo, la empresa le dirigió escrito el 07.05.96 según el cual: “En relación con los llamados ‘anticipos sin interés’ que corresponde a los préstamos regulados en el artículo 35 (en realidad 34) del convenio colectivo, es criterio de la entidad concederlos para aquellas necesidades importantes o apremiantes, debidamente justificadas, que enuncia el artículo del convenio ya citado; con la excepción, por el momento, de aquellas solicitudes de adquisición de coche por parte del personal perteneciente al equipo de apoyo a oficinas, dada la circunstancia de que se emplean los vehículos para los desplazamientos de

trabajo”. 5º) El 07.07.99 solicitó un anticipo de nueve mensualidades, a devolver en cinco años, por la necesidad urgente de cambiar su automóvil Volvo..., matriculado en 1992; aportó un presupuesto de Talleres “H.A., CB”, de 10.12.99, según el cual la reposición y mantenimiento de su automóvil exige el desembolso de 496.379 pesetas.

La petición fue informada favorablemente por el comité de empresa. La petición fue rechazada por la demandada en escrito de 28.07.99, que reproduce el hecho probado 5º de la sentencia recurrida. 6º) Los citados Sres. A.V. y M.G., afiliados a UGT y no miembros del comité de empresa solicitaron y obtuvieron el préstamo sin interés litigioso: El primero, en febrero de 1996; acababa de tener problemas de separación conyugal. El segundo, hace unos cuatro años; había sufrido un accidente de circulación quedándose sin su vehículo. 7º) El Sr. V.T., no afiliado a UGT y cuando no era miembro del comité de empresa comentó verbalmente la posibilidad de obtener el anticipo con la persona encargada de su concesión, quien le informó oralmente que no reunía las circunstancias que lo justificaban; por ello, solicitó un préstamo personal.

SEXTO.- El Tribunal Constitucional, desde su sentencia 38/91, resalta la importancia de las reglas de distribución de la carga de la prueba: Así, declara (ss. 90/97; 73, 74, 87/98) que cuando se alegue que una decisión o práctica empresarial encubre en realidad una conducta lesiva de los derechos fundamentales, incumbe al empresario la carga de probar que su actuación obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito atentatorio de un derecho fundamental, y que para imponer la carga probatoria expresada no es suficiente con que el trabajador efectúe la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que ha de aportar un indicio razonable de que el acto o práctica empresarial lesiona sus derechos fundamentales para poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquel acto o práctica.

El fundamento de derecho tercero de la sentencia impugnada consigna que “en el caso el actor no ha sentado las bases para que se produzca la inversión de la carga probatoria...”.

No compartimos esta apreciación judicial de instancia porque, entre otros particulares, los elementos de prueba aportados por el recurrente (p. ej. documentos relativos al informe favorable del comité de empresa acerca de la procedencia del anticipo o la interpretación empresarial de las condiciones de su concesión, que en cuanto tal es susceptible de valoraciones diversas; testificales sobre la concesión a otros afiliados a la UGT pero

no integrantes del comité de empresa) rebasan, por sí mismos, la simple imputación a la empresa de una infracción de la libertad sindical y, por tanto, resultan suficientes para que la demandada quede obligada a justificar su conducta.

Otra cosa es que, la valoración de las pruebas incorporadas a los autos lleven a rechazar la pretensión de fondo ejercitada en demanda, es decir, impongan no apreciar la lesión del derecho constitucional señalado, tal como decidió la juez de instancia y en lo que sí coincidimos, toda vez que: 1) No cabe sustentar esa vulneración de la libertad sindical en su cualidad de miembro del comité de empresa porque, aparte de que la solicitud del anticipo es posterior a la pérdida de aquella condición representativa, la demandada también denegó ese préstamo sin interés, al menos verbalmente, a otro integrante del citado órgano de representación y por iguales motivos que al recurrente, es decir, inobservancia de las condiciones previstas a tal fin por el artículo 34 del convenio aplicable. 2) El denunciado comportamiento empresarial tampoco puede ampararse en su afiliación a la UGT, porque la demandada concedió el anticipo a otras personas que, integradas en el mismo sindicato, reunían determinadas circunstancias, cuáles fueron la separación matrimonial o la inutilización del vehículo particular, diversas de las razones alegadas por el recurrente que solicitó el préstamo sin interés para adquirir un nuevo automóvil a la vista del importe al que ascendía la reparación y mantenimiento del que venía utilizando. 3) Lo consignado en los apartados anteriores revela que la empresa admitió o no los anticipos mediante la aplicación exclusiva del artículo 34 de convenio (“los trabajadores con más de un año de antigüedad en la empresa tendrán derecho, con objeto de atender necesidades importantes o apremiantes, debidamente justificadas -tales como enfermedades graves del cónyuge, hijos y demás familiares, siempre que conviviesen habitualmente con el trabajador y a sus expensas; gastos causados por matrimonio, separación o derivados de instalación por traslado que implique cambio de residencia-, a la concesión de anticipos sin interés de hasta nueve mensualidades, computados todos los conceptos que integran la nómina del mes en que se promueva la solicitud... En todas las peticiones será preceptivo el informe del Comité de empresa o Delegado de personal”) y de la interpretación que de dicha norma manifestó en su escrito de 07.05.96 (“En relación con los llamados ‘anticipos sin interés’ que corresponde a los préstamos regulados en el artículo 35 -en realidad 34- del convenio colectivo, es criterio de la entidad concederlos para aquellas necesidades importantes o apremiantes, debidamente justificadas, que enuncia el artículo del convenio

ya citado; con la excepción, por el momento, de aquellas solicitudes de adquisición de coche por parte del personal perteneciente al equipo de apoyo a oficinas, dada la circunstancia de que se emplean los vehículos para los desplazamientos de trabajo”).

Las razones esgrimidas por todos los solicitantes del préstamo sin interés obligan a su examen comparativo, es decir, implican valorar e interpretar previamente los citados artículo 34 y escrito de 07.05.96, lo cual, sin perjuicio de la oportuna impugnación a través del procedimiento respectivo, que en todo caso es ajeno al actual de tutela de los derechos de libertad sindical, no guarda relación con las notas de afiliación y representatividad sindicales en que el recurrente fundamenta su pretensión y que constituye el objeto esencial de la presente litis. Además los anticipos concedidos lo fueron antes de la fecha señalada, mientras que el demandante cursó su petición con posterioridad a la misma. 4) La consecuencia de lo relatado en los párrafos anteriores impide apreciar en la conducta de la empresa demandada el otorgamiento de un trato desigual sin causa razonable que, en otro caso, integraría la denunciada lesión de la libertad sindical. 5) Ya sin trascendencia respecto de nuestra decisión hacemos constar: a) El plus de kilometraje (primera pretensión fáctica) integra un concepto extrasalarial que no responde a un beneficio económico o de ganancia del trabajador por los servicios prestados al empresario, sino que su finalidad es sufragar los gastos a que deba hacer frente para cumplir con sus obligaciones laborales. b) La vulneración del derecho de libertad sindical no produce por sí sola el pago de la indemnización, sino que conforme a la jurisprudencia (ss. 09.06.93, 22.07.96, 20.01.97) “para poder adoptar el mencionado pronunciamiento condenatorio es obligado que, en primer lugar, el demandante alegue adecuadamente en su demanda las bases y elementos clave de la indemnización que reclama, que justifiquen suficientemente que la misma corresponde ser aplicada al supuesto concreto de que se trate, y dando las pertinentes razones que avalen y respalden dicha decisión; y, en segundo lugar, que queden acreditados, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar una condena de tal clase”; de apreciarse la lesión del derecho constitucional señalado, que no es el caso, tampoco procedería la indemnización solicitada por el recurrente porque omitió las exigencias referidas.

Por todo ello,

**Fallamos**

Desestimamos el recurso de suplicación de don V.L.R. contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Lugo, de 17 de diciembre de 1999 en autos nº 669/99, que confirmamos.

**2946 RECURSO Nº  
03/0009143/1996**

S. CA.

ALCANCE DA PRESUNCIÓN DE VERACIDADE DAS ACTAS DA INSPECCIÓN DE TRABALLO E SEGURIDADE SOCIAL.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Antonio Vesteiro Pérez

En la Ciudad de A Coruña, veintiocho de abril 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 03/0009143/1996, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por “L.E.T., S.L.”, con D.N.I... domiciliado en... (Sanxenxo), y sus administradores mancomunados don J.T.C., con D.N.I... domiciliado en... y J.B.M.C., con D.N.I... domiciliado en... (Sanxenxo), representados por don J.T.E.P., y dirigidos por el letrado don F.J.R.A. contra Resolución de 30.07.96 desestimatoria de recurso ordinario contra acta de liquidación nº 96/10/91 del Régimen General de la Seguridad Social, nº de inscripción... 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 700.528 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 25 de abril de 2000, fecha en que tuvo lugar.

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

**Fundamentos de derecho**

I.- Cabe la admisibilidad de la anulación de la resolución por extemporaneidad por cuanto notificada el Acta de Liquidación de 31.01.96 el 11 de mayo cuyo vencimiento es de 11-06 se formuló el recurso ordinario el 18.06.96 por no haber resuelto el expediente incoado por infracción y no haber constatado en la notificación las circunstancias personales, vecindad, relación de dependencia del notificado por lo que evidentemente ha de estimarse como válido el recurso ordinario interpuesto a tenor de los arts. 58 y siguientes de la Ley 30/92 y modificación de 1999 por lo que es preciso por razón de la tutela judicial efectiva entrar en el fondo del asunto.

II.- Sabido es que el acta goza asimismo de presunción de veracidad (art. 52.2 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social). Esta constituye un método probatorio que dota de un extraordinario privilegio a la misma. La presunción de veracidad de las actas de la Inspección de Trabajo, como las de la Inspección de Tributos y otros funcionarios, conlleva la inversión de la carga de la prueba con incidencia en el derecho a la presunción de inocencia.

Esta presunción no puede valorarse de la misma manera cuando se refiere a hechos que pueden quedar probados por otros medios, que cuando se trata de “comprobaciones efectuadas in situ por los funcionarios. La fugacidad de los hechos constitutivos de la infracción impide acreditarlos por otros medios”. En estos casos, si no se admitiera la citada presunción, la Administración no se encontraría en condiciones de igualdad con los administrados. El efecto que el desplazamiento de la carga de la prueba pueda tener sobre aquel derecho constitucional habrá que valorarlo.



En cualquier caso, el acta ha sido considerada como “medio de prueba idóneo” si reúne los requisitos y se refiere a hechos constatados directamente (sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 1992). El valor probatorio de las actas en sede judicial contenciosa dependerá en gran medida de si reflejan hechos o, por el contrario, manifestaciones de parte o juicios de valor cuestión que se puso en entredicho por el recurrente, por lo que acreditado como está en el Acta los hechos referidos a las cuotas exigidas es procedente la inadmisión de la argumentación del demandante.

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

#### Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por “L.E.T., S.L.” y sus administradores mancomunados, J.T.C. y J.B.M.C. contra Resolución de 30.07.96 desestimatoria de recurso ordinario contra acta de liquidación nº 96/10/91 del Régimen General de la Seguridad Social, nº de inscripción..., dictado por TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL. Sin imposición de costas.

### 2947 RECURSO Nº 03/0007957/1997

S. CA.

INEXISTENCIA DE CESIÓN ILEGAL DE TRABALLADORES.

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

En la Ciudad de A Coruña, veintiocho de abril 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 03/0007957/1997, pende de resolución ante esta sala, interpuesto por “D.C., S.A.” domiciliado en...(Madrid), representado por don A.L.A. y dirigido por el letrado don A.V.B. (Not...), contra Resolución de 27.01.97 desestimatoria de recurso contra otra de la Direc.

Xeral de Relacións Laborais de la C. Xustiza e Interior sobre acta de infracción nº 3/96; Expte. nº 140/96. Es parte la Administración demandada CONSELLERÍA XUSTIZA, INTERIOR E RELACIÓN LABORAIS, representada por el LETRADO DE LA XUNTA DE GALICIA. La cuantía del asunto es determinada en 500.001 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 25 de abril 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 imputaron a la empresa demandante la infracción tipificada en el art. 96.2 del Estatuto de los Trabajadores (la cesión de trabajadores en los términos prohibidos por la legislación vigente), sustanciando tal imputación en la siguiente apreciación jurídica: “De la naturaleza de los trabajos realizados y de las condiciones en que se llevan a cabo, no se deduce la existencia real de una contratación de obra o servicios, sino que se estima que la situación puede identificarse como tráfico prohibido de mano de obra entre la empresa cedente, titular del acta, y la cesionaria, toda vez que aquélla no está constituida como empresa de trabajo temporal debidamente autorizada en los términos legalmente establecidos”.

La empresa demandante, en un amplio escrito de demanda, viene a alegar que la empresa “L.” concertara con la demandante y otra empresa perteneciente al mismo grupo empresarial “D.” una serie de contratos de ejecución de obra y prestación de servicios para el año 1996, que

tenían por objeto la realización por parte de la demandante, y la otra empresa, de diversos trabajos de limpieza y mantenimiento en el centro de trabajo que “L.” posee en una mina sita en...(Cerceda), reservándose esta última la posibilidad de llevar a cabo trabajos de parecida naturaleza. Añade la demandante que los indicios o presupuestos fácticos de que partiera la Inspección no permitían inferir la concurrencia de la infracción imputada, ya que algunos de dichos presupuestos no eran ciertos, o, simplemente, porque resultaban inadecuados para obtener aquella inferencia.

II.- Los términos de la postura impugnatoria de la demandante obliga a hacer una referencia de los hechos que se expresan en el acta de infracción como constatados por la Inspectora actuante, sobre los que se sustanció la imputación de aquella infracción.

Se expresa en el acta que el trabajador aquí identificado (los siete trabajadores restantes pertenecían a la otra empresa contratista, a la que también se le abrió un acta de infracción) “prestan servicios en la limpieza del entronque de cintas y en la limpieza de cintas del parque de carbones... desarrollando su trabajo en el mismo lugar y en compañía de trabajadores propios de la empresa contratante “L.M., S.A.”, que realizan idénticos trabajos, con los mismos horarios de trabajo y utilizando maquinaria propiedad del contratante. Dichos puestos de trabajo están bajo la vigilancia directa de encargados de la empresa contratante, no teniendo la contratista más personal responsable que un Ingeniero, que ejerce únicamente el mando y la dirección al nivel propio de su categoría profesional”.

Pues bien, los presupuestos o indicios de los que partió la Inspección de trabajo y asumieron las resoluciones recurridas, para deducir la existencia de una cesión ilegal de mano de obra, carecen de virtualidad suficiente para sustentar la infracción imputada, y ello en atención a la probada concurrencia de otros presupuestos o indicios, cuales son: a) ambas empresas contratistas que, como se dijo, pertenecen al mismo grupo empresarial, tienen desplazados en las instalaciones de la empresa contratante un total de 36 trabajadores, y ello en virtud de los aludidos contratos de ejecución de obras y prestación de servicios de mantenimiento; b) para cumplimiento de los aludidos contratos, disponen ambas empresas contratistas de un taller común sito en las mismas instalaciones de la contratante, disponiendo en el mismo de maquinaria propia; c) la dirección o supervisión y la vigilancia o control de los distintos trabajos lo llevan a cabo, respectivamente, un ingeniero técnico (no

superior, como se dice en el acta) y un capataz de la plantilla de la otra empresa contratista.

Siendo ello así, ya se advierte que por parte de ambas contratistas se realizó un amplio y completo compromiso contributivo de elementos personales y materiales propios de su estructura empresarial, para acometer los distintos servicios contratados, situación muy ajena o distante de aquella otra en que la empresa contratista se limita, simplemente, a suministrar mano de obra a otra empresa sin otro compromiso, que permite deducir, de conformidad con reiterada doctrina jurisprudencial, la existencia de cesión ilegal de mano de obra (STS 19 de enero de 1994 y 12 de diciembre de 1997, entre otras), no existiendo una razón de peso que autorice a escindir o separar, como hace la Administración demandada, de ese conjunto prestacional de servicios, la prestación de uno concreto –limpieza de elementos estructurales de la actividad minera- por la sola circunstancia de que tal servicio se presta fuera del referido taller y en las condiciones que refiere el acta, pues es de advertir que dicho servicio, con presentarse con un claro carácter de colaboración puntual de un moderado número de trabajadores de las contratistas, formaba parte del contenido de aquellos contratos siendo más propio que su prestación se realice fuera del recinto del taller y en las condiciones que el acta define, de tal suerte que si bien es cierto que en otras circunstancias la forma en como dicha actividad se prestaba autorizaría a presumir o inferir la existencia de una cesión ilegal de mano de obra, las que concurren en el supuesto de autos la excluyen, pues ni ese parece que fuera el propósito de las empresas implicadas, ni la magnitud o grado de colaboración formalizados en aquellos contratos permiten darle a esa colaboración puntual la relevancia o alcance que la Administración Laboral le dispensó, actuando, nada menos, que la actividad sancionadora, que aquí queda enervada, tanto el principio de intervención mínima, como por el propio derecho a la presunción de inocencia. Procede, en consecuencia, 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 “D.C., S.A.” contra Resolución de 27.01.97 desestimatoria de recurso contra otra de la Direc. Xeral de Relacións Laborais de la C. Xustiza e Interior sobre acta de infracción nº 3/96; Expte. nº 140/96, dictado por CONSELLERÍA XUSTIZA, INTERIOR E RELACIÓNS LABORAIS; y en consecuencia, anulamos las resoluciones recurridas, dejando sin

efecto la sanción impuesta. Sin imposición de costas.

## 2948 RECURSO Nº 1.290/2000

S. S.

### INEXISTENCIA DE PERSECUCIÓN SINDICAL A CARGO DA EMPRESA.

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

A Coruña, a tres de mayo 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. 1.290/2000, interpuesto por don M.D.A.S. y don M.F.C. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. tres de Lugo.

### Antecedentes De Hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 758/99 se presentó demanda por don M.D.A.S. y don M.F.C. en nombre y representación de la C.I.G. en reclamación de tutela de libertad sindical siendo demandado el Centro de Transfusión de Galicia en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 14 de enero de 2000 por el juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “PRIMERO.- Los actores son don M.A.S., mayor de edad, con D.N.I. nº..., delegado de personal por la entidad sindical, Confederación Intersindical Galega (C.I.G.) en la empresa “Centro de transfusión de Galicia” y don M.F.C., mayor de edad, con D.N.I. nº..., en nombre y representación de la Central Sindical Confederación Intersindical Galega (C.I.G.)./SEGUNDO.- La empresa demandada es el Centro de transfusión de Galicia que es una fundación pública y tiene personalidad jurídica propia./TERCERO.- En fecha 4 de octubre de 1999 la empresa Centro de transfusión de Galicia envía a doña S.G.F. una carta cuyo contenido literal es el siguiente: “tras la negociación del 1º Convenio Colectivo de la Fundación Pública “Centro de transfusión de Galicia” para el año

1999, la adscripción geográfica de los trabajadores se establecerá en uno de los puntos fijos localizados en Santiago, A Coruña, Ferrol, Orense, Vigo y Pontevedra con lo cual, se modifica la situación previamente establecida al añadirse un punto fijo en la modalidad de Ferrol. Ello implica la reorganización de los recursos humanos del Centro de Transfusión de Galicia, al objeto de adaptarlos a la nueva distribución negociada por Convenio Colectivo, favoreciendo con ello la satisfacción del servicio público encomendado, a saber, la donación altruista de sangre. La plantilla actual asignada al punto fijo de Lugo consta de cuatro (4) ATS/DUE y, por necesidades tanto organizativas como de producción, se estima que el personal necesario y suficiente para el desarrollo de las tareas encomendadas será de tres (3) ATS/DUE, como se deduce del estudio de la documentación obrante en este centro, referida tanto a turnos de trabajo como control horario del personal, así como la de la actividad realizada. Teniendo en cuenta, que la asignación del personal a los puntos fijos establecidos mediante negociación colectiva, habrá de hacerse con el máximo rigor y transparencia, así como en condiciones de igualdad, mérito, capacidad y publicidad y, como quiera que, del personal asignado al punto fijo de Lugo, es VD. el miembro del personal con menor antigüedad e inferior puntuación de acceso en el Centro de Transfusión de Galicia, Esta Dirección RESUELVE: De acuerdo a lo establecido en el art. 45 del 1º Convenio Colectivo del Centro de Transfusión de Galicia, sobre movilidad geográfica y, por las razones más arriba reseñadas, quedara Vd. adscrita al punto fijo de Ferrol, donde prestará sus servicios profesionales, a partir del próximo día 8 de noviembre de 1999. De esta resolución se da traslado al Comité de empresa con esta misma fecha. Santiago de Compostela, 1 de octubre de 1999”./CUARTO.- Al no estar de acuerdo con dicha comunicación, todos los compañeros de doña S., con destino en el centro de trabajo de que dispone la fundación en Lugo (Hospital Xeral del Sergas), con fecha 20.10.1999 presentan ante la Dirección de la Fundación “Centro de Transfusión de Galicia” el siguiente escrito: “As/Os abaixo asinantes, traballadoras e traballadores de Hemodoazón, con destino no centro de traballo de que dispón a Fundación en Lugo (Hospital Xeral do Sergas), por medio do presente escrito, perante esa dirección, e en relación coa resolución pola que se decide reducir o número de personal de enfermería do noso centro de traballo, queremos facer as seguintes manifestacions: PRIMEIRA.- Expresar o noso máis rotundo rexeitamento a esa decisión, para a que non atopamos xustificación de ningún tipo, e que vai significar na practica deixar o cadro de persoal nuns límites insosteñíbles, o que traéra consigo o deterioro do

servizo e das condicións de traballo.- SEGUNDA.- Alegar razóns de xornada (turnos ou control horario) somentes pode ser recibida por nos como unha broma macabra, cando esa dirección ven impoñendo os horarios e os turnos con total arbitrariedade e sinrazón, e cando o que establece o convenio na súa disposición adicional primeira sobre a negociación de todo o relativo a este tema está aínda por efectivizarse./Tercera.- Visto que tampouco as razóns de produción son de recibo, só nos cabe interpretar a súa resolución como unha agresión brutal e gratuita a todo o cadro de persoal de Lugo, cousa que non é a primeira vez que sucede. Lugo, outubro de 1999”./QUINTO.- Una vez recibido el escrito por el Centro de Transfusión de Galicia, el director del centro, don R.G.V.C., convocó de forma individual a todos los firmantes del escrito, a una reunión con la dirección del centro./SEXTO.- El día 3 de noviembre de 1999 la empresa remitió a don M.D.A.S., doña S.G.F. y doña A.I.P.F., carta en la que se dice: “Visto el escrito firmado por usted de fecha 20 de octubre, en relación con el traslado de una ATS que venía prestando sus servicios en el punto de control que esta fundación Centro de Transfusión de Galicia tiene en Lugo, por motivos de organización interna.- Considerando que dicho escrito no guarda coherencia con el fondo de la cuestión planteada, ya que ha quedado sobradamente justificadas las causas del traslado así como el mecanismo de selección de las personas que debían trasladarse al nuevo punto de control de Ferrol, tras negociación del convenio colectivo con los representantes legales de los trabajadores de esta fundación.- Considerando que tanto el estilo como los términos que se emplean en el citado escrito son impropios de un personal que trabaja en este centro, rayando en la descortesía y falta de educación -considerando que tras mantener una reunión personal con Ud. se ha ratificado en todos sus términos del citado escrito- esta dirección entiende que dichos hechos son constitutivos de falta leve tipificada en el art. 53.3 a 1 del régimen disciplinario del convenio colectivo vigente de esta fundación, dando traslado de esta resolución a su expediente”./SÉPTIMO.- Los sancionados presentaron demanda sobre sanción, que recayó en el Juzgado de lo Social nº 2 de Lugo./OCTAVO.- De los firmantes del escrito que fueron nueve, sólo 3 fueron sancionados el actor era el único delegado de personal en el Centro de Transfusión de Galicia S.A. por la Central Sindical Confederación Intersindical (C.I.G.).

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que desestimando la demanda interpuesta por don M.D.A.S. y don M.F.C. contra la empresa CENTRO DE TRANSFUSIÓN DE GALICIA, debo absolver y absuelvo a la citada

demanda 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.

QUINTO.- Que por auto de esta sala de fecha 17 de abril de 2000 se acordó la unión a los autos de la sentencia de fecha 22 de diciembre de 1999, solicitada por la actora.

### Fundamentos De Derecho

PRIMERO.- Recurre la parte actora en solicitud de que con revocación de la sentencia de instancia, se estime la demanda, a cuyo efecto y al amparo del art. 191.b) y c) L.P.L. interesa la revisión del H.P. 7º y denuncia la infracción del art. 179.2 L.P.L. en relación con los arts. 14, 20.1.a) y 28 C.E.

SEGUNDO.- Invocando la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Lugo en sus autos nº. 778/99, incorporada en suplicación al amparo del art. 231 L.P.L., pide la parte se adicione al H.P. 7º lo literal siguiente: “Os sancionados presentaron demanda sobre sanción, que recayó en el Juzgado de lo Social nº 2 de Lugo (autos 778/1999), dictándose sentencia que estimando a demanda declara a improcedencia da sanción imposta a M.D.A.S. e a dúas traballadoras máis”. La adición procede en los términos solicitados al acreditar plenamente su contenido la sentencia a que alude el texto revisor mismo, incorporada a los presentes autos como prueba documental.

TERCERO.- La infracción normativa que denuncia el recurso al amparo del art. 191.c) L.P.L. pretende censurar jurídicamente la decisión de instancia de rechazar la demanda; como resultado de ello pide el recurso, en el contexto de la pretensión de demanda, que se declare la nulidad radical de la conducta del “Centro de Transfusión de Galicia”, condenándolo a cesar en el comportamiento antisindical denunciado así como a indemnizar a don M.D.A.S. en la cuantía de una peseta, en concepto de daños morales. Al efecto, son de tomar en consideración los fundamentales H.P. siguientes: A) El Sr. A.S. es delegado de personal por la Central Sindical C.I.G. en la empresa demandada; empresa que es una fundación pública con personalidad jurídica propia. B) En fecha 04.10.99 la empresa demandada remitió a la trabajadora S.G.F. la carta que se transcribe en el H.P. 3º, adscribiéndola al punto fijo de Ferrol a partir del 08.11.99. Al no estar de acuerdo con tal decisión, todos los compañeros de la trabajadora afectada con destino en el centro de trabajo de Lugo (Hospital Xeral del Sergas), con fecha 20.10.99 presentaron a la dirección de la empresa el escrito que se transcribe en el H.P. 4º. C) La



demandada, ante el contenido del escrito aludido, convocó de forma individual a todos sus firmantes (nueve trabajadores) a una reunión con la dirección del centro. El día 03.11.99 la empresa remitió cartas sancionadoras por falta leve a los trabajadores M.D.A.S., S.G.F. y A.I.P.F., cuyo contenido obra al H.P. 6º. Recurrida la decisión por los sancionados, el Juzgado nº 2 de Lugo dictó sentencia en 22.12.99, autos nº 778/99, declarando “la improcedencia de las sanciones impuestas a los trabajadores, revocándola totalmente”. Y D) El Sr. A.S. era el único delegado de personal en el centro de la demandada por la Central Sindical C.I.G.; no consta (y así se recoge en el Fº. Jurídico 2º de la Sentencia de Instancia, también con su correspondiente valor de H.P.) afiliación sindical y en su caso cual de las otras trabajadoras que fueron sancionadas con el Sr. A.S. A partir de los referidos hechos, el tribunal no considera la existencia de la persecución sindical que se afirma en el recurso, o la vulneración de los derechos de libertad de expresión e igualdad y no discriminación que también se denuncia en el mismo.

CUARTO.- La Sentencia del T.S. de 28.12.98 (Ar. 388) considera lo siguiente en torno al contenido y objeto del derecho de libertad sindical: “El contenido esencial del derecho de libertad sindical... se delimitó fundamentalmente a partir de la STC 70/1982, de 29.11.82 (RTC 1982.70) que destacó que en el mismo se incluía el denominado “derecho de acción sindical”, señalando que “el derecho constitucional de libertad sindical comprende no solo el derecho de los individuos a fundar sindicatos y a afiliarse a los de su elección, sino asimismo el derecho a que los sindicatos fundados –y aquellos a los que la afiliación se haya hecho- realicen las funciones que de ellos es dable esperar, de acuerdo con el carácter democrático del estado y con las coordenadas que a esta institución hay que reconocer, a las que se puede sin dificultad denominar “contenido esencial” de tal derecho. Por ello, hay que entender que el derecho que reconoce el art. 28 CE es el derecho a que las organizaciones sindicales libremente creadas desempeñen el papel y las funciones que a los sindicatos de trabajadores reconoce el art. 7 CE de manera que participen en la defensa y protección de los intereses de los trabajadores”. También señalando esta dicha sentencia: “El art. 28.1 ha sido objeto de una interpretación amplia, la jurisprudencia constitucional ha declarado expresamente que “por muy detallado y concreto que parezca el art. 28.1 CE a propósito de la libertad sindical, no puede considerársele como exhaustivo o limitativo, sino meramente ejemplificativo, con la consecuencia de que la enumeración expresa de los derechos concretos que integran el genérico de libertad sindical no

agota, en absoluto, el contenido global o total de dicha libertad” (SSTC 23/1983, de 25.03.83 (RTC 1983, 23), 39/1986 (RTC 1986, 39), 11/1988, de 13.01.88 (RTC 1988, 11); y señalándose que la libertad sindical integra los derechos de actividad y los medios de acción (huelga, negociación colectiva, conflictos colectivos) que, por contribuir de forma primordial a que el sindicato pueda desarrollar las funciones a las que es llamado por el art. 7 CE, constituyen el núcleo mínimo e indispensable de la libertad sindical (SSTC 11/1981...). En el caso presente, si bien la empresa, tras recibir el día 20.10.99 el escrito firmado por los trabajadores con destino en el centro de Lugo a que se refiere el H.P. 4º al hilo de haber decidido la movilidad geográfica de una trabajadora del referido centro, convocó de forma individual a todos ellos a una reunión y, acto seguido, el día 03.11.99, decidió sancionar a tres de los mismos, no cabe apreciar en tal conducta la vulneración de la libertad sindical pretendida : A) A partir de la decisión que sobre movilidad geográfica había adoptado previamente, la actuación empresarial aparece debida no al hecho de la presentación del escrito que se dejó dicho por parte de los trabajadores y a la actividad sindical y de defensa de intereses que implicaba o comportaba, sino, exclusivamente, a ciertos términos del escrito mismo, que fueron considerados por la empresa –y así lo dice en las cartas de sanción- como impropios de la relación laboral y rayanos “en la descortesía y falta de educación”. Y que no se trató de una postura artificialmente adoptada ad hoc se evidencia a la vista de algunos concretos pasajes del escrito presentado a la empresa (en especial en sus “manifestaciones” 2ª y 3ª) y en la causa de las sanciones explicitada en la decisión que las impuso (“...considerando que tanto el estilo como los términos que se emplean en el citado escrito son impropios... rayando en la descortesía y falta de educación...”); es más, en las cartas de sanción también se explica el objeto de la reunión previa mantenida con los trabajadores, vinculado meramente a lo anterior (“...considerando que tras mantener una reunión personal con Vd. se ha ratificado en todos sus términos del citado escrito –esta dirección entiende...”). B) Si tal fue la causa de la conducta empresarial habida tras el escrito de los trabajadores, con independencia de la decisión de movilidad geográfica, que adoptó la empresa de conformidad con sus facultades de organización y dirección e invocando el convenio colectivo, no se observa en ello ningún tipo de atentado a la libertad sindical, puesto que no se trató de ninguna medida de presión y disuasoria o de censura para con la conducta de los trabajadores de defensa colectiva de sus intereses, y en concreto para la del delegado de personal por la central C.I.G., sino de una reacción ante la consideración de que había sido objeto de un trato

irrespetuoso en el contexto de la relación laboral, lo cual, en principio al menos, hacía justificable el acudir a la potestad sancionadora. Lo ratifica el hecho de que habiendo decidido la empresa sancionar solo a tres de los firmantes del escrito tras mantener una reunión al efecto con cada uno de ellos, no aparece móvil antisindical en tal decisión sino consideraciones disciplinarias estrictas, hasta el punto de que si sancionó al delegado sindical, también hizo objeto de sanción a otras dos trabajadoras de las que ni consta afiliación sindical alguna. Y C) A mayor abundamiento, la sentencia dictada en los autos de sanción (aportada en esta fase de suplicación) si bien deja sin efecto las sanciones impuestas, lo hizo en aras al derecho de libre expresión y de crítica de los trabajadores, no mencionando móvil antisindical alguno en la conducta de la empresa.

QUINTO.- Por consiguiente, la conducta empresarial que consta, en concreto la entrevista mantenida tras el escrito presentado por los trabajadores y las sanciones que al hilo de ello acordó, valorada en el contexto acreditado de autos, hace desterrable la existencia de la persecución sindical denunciada, una vulneración del derecho a la libertad sindical. A partir de lo cual, tampoco aparece infracción valorable alguna a los presentes efectos de los derechos de igualdad y no discriminación y libertad de expresión; cuya supuesta infracción el recurso concreta en la esencial forma siguiente: “...la sanción de tres de los nueve firmantes sin que por la empresa se justifique la diferencia de trato supone una violación del principio de igualdad y no discriminación”, “...finalmente, la actuación de la empresa imponiendo una sanción a causa de la carta remitida a la dirección de la empresa comporta una conculcación de la libertad de expresión, claramente predicable en el ámbito laboral...”. Y es que si bien la empresa decidió sancionar solo a tres de los nueve trabajadores que firmaron el escrito que le fue presentado el día 20.10.99, además de no subyacer en ello móvil antisindical y sin desconocer el derecho a la libertad sindical, lo hizo tras mantener una reunión individualizada con cada trabajador y valorar su conducta respecto de aquel escrito; fue a causa de ello que sancionó a tres trabajadores, incluso explicitándolo así en las propias cartas de sanción (“considerando que tras mantener una reunión personal con ud. se ha ratificado en todos sus términos del citado escrito...”). Esto hace suficientemente justificable la actuación sancionadora empresarial, convirtiendo en irrelevante a los presentes efectos, constitucional, legalmente, la diferencia de trato, la desigualdad habida; en tal contexto y no apareciendo reales motivos discriminatorios y móvil antisindical, la conducta se muestra como expresión de una depuración-valoración empresarial de los hechos y regular y libre ejercicio de la potestad

disciplinaria que legalmente ostenta. La Jurisprudencia ha aceptado como motivo en principio suficiente para explicar la desigualdad en el ámbito sancionador la investigación y depuración de los hechos realizada por la propia empresa (S. del T.S. de 24.09.86) y la libertad empresarial misma (S.T.S. 24.02.87). En concreto, la S. del T.S. de 03.05.88 argumentaba lo siguiente: “...si bien el art. 14 de la Constitución prohíbe la discriminación en atención a estos factores, no introduce en el ámbito de las relaciones privadas la necesidad de una igualdad de trato en sentido absoluto que convierta en discriminatoria y sancionable con la nulidad radical cualquier distinta apreciación de las conductas dentro de un ejercicio regular de los poderes de dirección de la empresa. Por otra parte, el pretendido trato desigual, incluso considerado objetivamente en el plano de la legalidad ordinaria como posible manifestación de un uso empresarial de tolerancia, al margen de cualquier relevancia en términos de discriminación, carece de suficiente consistencia, pues...”. En definitiva, y como también ha considerado el juzgador de instancia, no se aprecia en la actuación de la empresa ni móvil antisindical, ni intención de afectar los derechos fundamentales del delegado de personal por la C.I.G. y de los demás trabajadores, ni real trato discriminatorio por derivación de las sanciones habidas o adopción de estas por la condición de delegado de uno de los sancionados o por la actividad sindical realizada en el centro de trabajo por aquel y sus compañeros. Conclusiones que no se ven alteradas ante la invocación de la libertad de expresión que también se hace en el recurso. La empresa aparece sancionando en la forma ya comentada por entender que el escrito a ella presentado sobrepasaba en determinados pasajes la libertad de expresión y el derecho de crítica, al emplearse expresiones que consideró impropias de la relación laboral y rayanas “en la descortesía y falta de educación”; impugnada la sanción por los trabajadores afectados, en tal juicio quedó resuelta la cuestión de legalidad que en ello subyacía, sin que en ningún caso la conducta empresarial haya sobrepasado esta dimensión. No hay la lesión de la libertad de expresión que se pretende en el proceso presente por el hecho de que la empresa acudiese al ejercicio de la potestad disciplinaria en el caso y en las circunstancias de autos, agotándose las consecuencias Jurídicas de tal conducta en el ámbito del proceso de impugnación de las sanciones impuestas al no constituir o encerrar una infracción de legalidad más allá del mismo, causante de otra consecuencia que no fuera la improcedencia de las dichas sanciones disciplinarias.

SEXTO.- Por lo expuesto, se rechaza el recurso y se confirma la sentencia de instancia.

**Fallamos**

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por don M.A.S. y la C.I.G. contra la sentencia del Juzgado de lo Social número tres de Lugo de fecha 14.01.00, dictada en autos tramitados bajo el número 758/99 a instancias de la parte recurrente frente a la empresa Centro de Transfusión de Galicia, confirmamos la sentencia recurrida.

**2949 RECURSO Nº 1.111/00**

S. S.

INEXISTENCIA DE DESPEDIMIENTO POR CONTINUAR AÍNDA VIVA A RELACIÓN LABORAL, E DE CONTRATO DE TRABAJO, ANTERIOR Ó INICIO DA RELACIÓN LABORAL VIVA, POR MEDIAREN SERVICIOS AMIGABLES.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Elías López Paz

A Coruña, a cinco de mayo 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. 1.111/00, interpuesto por ambas partes contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de Santiago de Compostela.

**Antecedentes De Hecho**

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña M.C.G.B. en reclamación de despido siendo demandado “M.R.T.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 692/99 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.- Que la actora comenzó a prestar servicios para el demandado “M.R.T.” de Noia el uno de junio de mil novecientos ochenta y ocho, realizando funciones de asistencia a las religiosas de clausura residentes en el mismo, como realizar la compra, acompañarlas al médico y de compras, permanecer con ellas mientras estaban

hospitalizadas, ayudando en la guardería que tenían abierta, etc., sin que fuera dada de alta en la Seguridad Social./ SEGUNDO.- Que la actora obtuvo el título de FP1, rama sanitaria el treinta y uno de mayo de mil novecientos noventa y cuatro, pagando las correspondientes tasas y retirándolo el catorce de febrero de mil novecientos noventa y siete./ TERCERO.- Que en fecha diez de mayo de mil novecientos noventa y la actora suscribió con el “M.R.T.” demandado contrato de trabajo indefinido para la prestación de servicios como auxiliar de clínica, con idéntica categoría profesional, percibiendo un salario mensual de ochenta mil ochocientas quince pesetas (80.815 pts), con inclusión de la parte proporcional de pagas extras, siendo dada de alta en el Régimen General de la Seguridad Social./ CUARTO.- Que la actora no ha sido dada de baja en la Seguridad Social y en fecha veintiocho de septiembre de mil novecientos noventa y nueve se le comunicó verbalmente que iba a cerrarse el “M.R.T.”, por traslado de las monjas, dada su edad, a otros conventos de la orden./ QUINTO.- Que el Arzobispado de Santiago autorizó el cierre temporal del “M.R.T.”, comprometiéndose la congregación a destinar a otras hermanas antes de finalizar el primer trimestre del año 2000./ SEXTO.- Que el día cuatro de octubre de mil novecientos noventa y nueve la actora se presentó en el centro de trabajo, encontrándose cerrado./ SÉPTIMO.- Que la actora no ha ostentado la condición de representante legal o sindical de los trabajadores en el año inmediatamente anterior./ OCTAVO.- Que en fecha quince de octubre de mil novecientos noventa y nueve tuvo lugar el preceptivo acto de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación, con el resultado de intentado sin efecto por incomparecencia de la demandante”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que desestimando la demanda formulada por doña M.C.G.B., contra el “M.R.T.”, debía absolver y absolvía a la entidad demandada de los pedimentos contenidos en la misma”.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por las partes demandante y demandada siendo impugnados de contrario. Elevados los autos a este tribunal, se dispuso el paso de los mismos al ponente.

**Fundamentos De Derecho**

PRIMERO.- La sentencia de instancia, desestimando la demanda por despido interpuesta por doña M.C.G.B., contra el “M.R.T.”, absuelve a la entidad demandada de los pedimentos contenidos en la demanda. dicho pronunciamiento es impugnado por las partes actora y demandada que interponen contra la citada sentencia sendos

recursos de suplicación, impugnados recíprocamente por ambas partes, y cuyo examen debe efectuarse por separado para una mayor claridad y precisión.

SEGUNDO.- La parte demandada, a pesar de ser absuelta por la sentencia recurrida, interpone el presente recurso de suplicación, y al ser impugnado por la parte actora se alega la falta de legitimación para recurrir, por lo que la cuestión que debe resolverse previamente es la de si está o no legitimada para recurrir la parte demandada, y si se da una respuesta negativa a esta cuestión, ello haría inviable dicho recurso que debería tenerse por no puesto. La regla general que rige la legitimación para recurrir en suplicación, es la de que la parte absuelta en la instancia no se halla legitimada para recurrir, pero esta regla quiebra en el caso de que a pesar de la absolución la parte haya sufrido algún tipo de gravamen, pudiendo ostentar un interés legítimo en la revisión de los hechos probados, por la repercusión futura que el mantenimiento de los mismos pudiera ocasionarle. Como tiene declarado el tribunal Supremo en sentencia de 22-mayo-1996 (RJ 1996, 4.610) "...dado que la suplicación, al no ser último grado de jurisdicción, debe resolver en todo caso sobre motivos que con dicha finalidad – la de la revisión fáctica- dejando ya definitivamente configurada la revisión judicial de los hechos, sin que pueda excluirse tal respuesta por considerar que los aducidos –son intrascendentes para el pronunciamiento que haga". En el presente caso, la entidad demandada y absuelta se opuso en el acto de juicio a la antigüedad alegada por la actora, de junio de 1988 y la sentencia de instancia, si bien desestimó la demanda de despido de la trabajadora, sin embargo en el hecho probado primero y en el fundamento de derecho primero declara y admite la existencia de relación laboral entre la trabajadora y el "M.R.T." demandado desde el mes de junio de 1988, y no desde el 10 de mayo de 1999, fecha en la que se suscribió contrato de trabajo indefinido entre ambas partes litigantes, y que según consta en el acta de juicio esta última fecha es la pretendida por la parte demandada como fecha de inicio de la relación laboral; consecuentemente, no ofrece duda alguna que, a pesar del fallo absolutorio de la sentencia recurrida, la misma contiene en el citado hecho probado primero y en su fundamentación una declaración que perjudica el interés de la parte demandada, por lo que, a pesar de haber sido absuelta, tiene derecho a defender ese interés, ante la posibilidad de que prospere el recurso de la trabajadora demandante, en cuyo caso el perjuicio derivado del hecho de no recurrir se traduciría en un manifiesto perjuicio económico, con evidente influencia en el cálculo de la indemnización, ya que la trabajadora pasaría a ostentar una antigüedad superior a los diez años,

cuestión ésta que la entidad demandada intenta destruir con su recurso. Por consiguiente, la demandada sufrió un indudable gravamen en sus intereses con los pronunciamientos contenidos en la sentencia que combate y por ello debe admitirse su legitimación para recurrirla.

TERCERO.- La representación procesal del "M.R.T." demandado articula dos motivos de suplicación: En el primero de ellos, y con amparo en el apartado b) del artículo 191 de la L.P.L., se solicita la revisión de los hechos declarados probados proponiendo la siguiente redacción alternativa del hecho probado primero: "Que la actora comenzó a prestar servicios para el demandado "M.R.T." de Noia el diez de mayo de mil novecientos noventa y nueve realizando las funciones de auxiliar de clínica a las religiosas de clausura residentes en el mismo". Invoca la confesión judicial de la actora, la testifical y la documental obrante a los folios 26 y 27 de los autos, impugnando expresamente el contenido del hecho probado primero que se refiere a la prestación de servicios de la actora que la sentencia declara desde el día primero del mes de junio de 1988. No procede la modificación interesada ya que las pruebas de confesión judicial y testifical no son hábiles a efectos revisorios, a tenor de lo establecido en los artículos 191.b) y 194.3 de la Ley de Procedimiento Laboral. En cuanto a las pruebas documentales invocadas, las mismas, en efecto, no acreditan que la actora haya prestado servicios para el "M.R.T." desde el año 1988, se trata de dos cartas de la Priora de la Comunidad..., en las que manifiesta que la actora ha mantenido una relación de ayuda con dicho monasterio, colaborando con las religiosas, acompañándolas a consulta médica, asistiéndolas después de intervenciones quirúrgicas, etc.; si bien, nada se especifica sobre el título de dicha relación; pero resulta acertada la afirmación contenida en el hecho probado primero de que esa colaboración se inició en junio de 1988.

CUARTO.- En el motivo segundo, a través del oportuno cauce procesal del apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, denuncia la parte demandada la infracción de los artículos 359 y 372.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del artículo 1.3.d) del Estatuto de los Trabajadores, así como de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, con cita de la sentencia de 18-septiembre-1997, y concluye este motivo citando sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Valencia de 20.02.97, Andalucía 07.03.97 y Madrid de 17.02.78 (deberá entenderse 1998). Argumenta, en síntesis, esta parte recurrente que la sentencia no respeta la regla de congruencia procesal, porque si la demandada es absuelta de "todos los pedimentos", el reconocimiento de una antigüedad desde 1988 supone indudables



repercusiones económicas para la entidad demandada. Y que al ser el fallo absolutorio, no puede encontrarse ninguna disposición legal o razonamiento jurídico que avale la existencia de relación laboral declarada por el juzgador de instancia. Finalmente, y en cuanto a la infracción del artículo 1.3.d) del ET, la parte demandada sostiene que la relación de servicios que la actora mantuvo con las religiosas del monasterio, fue de “amistad”, con exclusión de todos los elementos que caracterizan a una relación laboral: la fijación de una retribución, un horario, ajenidad y dependencia. Para la resolución del recurso interpuesto por la entidad demandada, son datos a destacar del inalterado relato probatorio, los siguientes: A) La actora, en fecha primero de junio de 1988, comenzó a ayudar y colaborar con las religiosas del demandado “M.R.T.” de... (A Coruña), realizando funciones de asistencia a las religiosas de clausura residentes en el mismo, tales como realizar la compra, acompañarlas al médico y de compras; haciéndoles compañía mientras se encontraban hospitalizadas, ayudando en la guardería que tenía abierta. B) La actora no fue dada de alta en la Seguridad Social, ni consta que percibiere retribución alguna; y C) El 10 de mayo de 1999 la actora suscribió con el monasterio demandado contrato de trabajo indefinido para la prestación de servicios como auxiliar de clínica, con idéntica categoría profesional y salario mensual de 80.815 pts con inclusión de la parte proporcional de pagas extras, siendo dada de alta en el Régimen General de la Seguridad Social. Partiendo de los citados hechos, la sala no comparte el criterio del juzgador de instancia, y considera que entre las partes no ha existido relación laboral con anterioridad al 10 de mayo de 1999, que es la fecha en que ambas partes litigantes suscribieron contrato de trabajo indefinido para la prestación de servicios como auxiliar de clínica; y ello es así porque de las notas que caracterizan el contrato de trabajo: voluntariedad, remuneración, ajenidad y prestación de servicios dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, faltan al menos dos de ellas, que en absoluto consta acreditada su concurrencia en los autos, y que son fundamentales para la configuración de la relación laboral, cuales son la remuneración y la dependencia. En efecto, no consta que la actora hubiese exigido el abono de alguna retribución por su ayuda a las religiosas, ni que le fuere ofrecida o pagada por el Monasterio, sino todo lo contrario. En la carta obrante al folio 26, de la priora de la comunidad religiosa, que es un de los soportes en que se apoya la sentencia recurrida para afirmar la existencia de la relación laboral, después de hacer constar la intachable conducta de la demandante con una conducta que nada se pueda reprochar concluye “y mucho menos económicamente”, expresión de la que se

desprende una colaboración desinteresada de la actora, sin exigir una remuneración por la ayuda que prestaba a las religiosas del monasterio; no constando, en absoluto, que percibiere compensación económica alguna por tales labores, tal como se evidencia de la lectura del relato probatorio, cuyo hecho probado primero al recoger la enumeración de los servicios que la actora venía realizando, para nada hace referencia a su retribución, cuando ésta es uno de los elementos esenciales configuradores del contrato de trabajo. Otra de las características esenciales de la relación laboral es la “dependencia” y “subordinación” del que presta un servicio a la persona o entidad a favor de quien se ejecuta; y este elemento tampoco concurre en el caso enjuiciado. La dependencia supone encontrarse el trabajador –según la doctrina jurisprudencial– dentro de la esfera organicista, rectora y disciplinaria de aquél por cuya cuenta realiza su labor, lo cual se exterioriza en determinados datos o signos, como el encuadramiento o inserción dentro del esquema jerárquico de la empresa, debiendo acatar sus órdenes, mandatos y directrices, la subordinación a la persona o personas que en aquélla tengan facultades de dirección o mando, el sometimiento a las normas disciplinarias correspondientes y la sujeción a una jornada y horario determinados, etc... y si bien es cierto que no es necesario que concurren todas esas circunstancias, pues basta con la existencia de las que revelen la existencia de ese elemento, sin embargo, en el presente supuesto no aparece la concurrencia de ninguna; porque, como se ha dicho, la actora colaboraba desinteresadamente ayudando a las religiosas del monasterio, pero sin que estuviera sujeta en esa labor de ayuda ni al círculo rector ni disciplinario de la entidad religiosa y sin sujeción a horario alguno ni a jornada. De todo ello se deduce que la situación jurídica creada con esa colaboración es totalmente ajena al ámbito laboral, predominando en la misma matices de una colaboración amigable y desinteresada, sin que resulte de aplicación la presunción del artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores, dada la total desvinculación de la actora de la obligación de tener que acudir al trabajo y de tener que cumplir una jornada. En resumen, de cuanto se deja expuesto cabe concluir que al no estar sujeta la actora a facultades disciplinarias, sin contraprestación económica, sin expreso sometimiento a horario no jornada de trabajo, mediando un ánimo de colaboración, resulta indiscutible que la situación de la demandante no es subsumible en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, sino en el artículo 1.3.d) del mismo texto estatutario, al tratarse de trabajos benévolos, amistosos o de buena voluntad, excluidos expresamente del ámbito del Estatuto de los Trabajadores; razón

por la cual debe acogerse el recurso interpuesto por el monasterio demandado.

QUINTO.- Pasando al examen del recurso de la trabajadora demandante, el mismo consta también de dos motivos, invocando por el cauce de los apartados b) y c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, la revisión de los hechos declarados probados y el examen del derecho aplicado. La revisión pretendida se ciñe exclusivamente al hecho probado cuarto de la sentencia que se impugna, para que quede redactado del modo siguiente: “Que la actora no ha sido dada de baja en la Seguridad Social y en fecha veintiocho de septiembre de mil novecientos noventa y nueve se le comunicó verbalmente que iba a cerrarse el Monasterio, sin que se le indicase si continuaría prestando sus servicios, enviándola a su casa ya que estaría cerrado aproximadamente un año”. No procede la modificación interesada ya que la misma se fundamenta en lo manifestado por la actora en confesión judicial; y –como ya se dijo al examinar el recurso de la demandada.- dicha prueba no es hábil a efectos revisorios, según se dispone en los artículos 191.b) y 194.3 de la Ley de Procedimiento Laboral.

SEXTO.- Denuncia la actora, a través del oportuno cauce procesal, infracción de los artículos 4.2.a) y e) y 5.a) ambos del Estatuto de los Trabajadores; así como infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo citando las sentencias de la Sala de lo Social de 26.02.90 y 09.10.90. Argumenta, en síntesis, esta parte recurrente, que existe una conducta concluyente por la demandada, suficientemente acreditativa de su voluntad de despedir, manifestada por el cierre del Monasterio y la falta de trabajo efectivo, sin percibir la correspondiente retribución. La censura jurídica que contiene este motivo de recurso no puede acogerse, en base a no ser cierto lo que en el mismo se alega. Consta acreditado que la actora no ha causado baja en la Seguridad Social, y en el fundamentos de derecho segundo de la sentencia que se impugna –con valor fáctico- se hace constar que sigue percibiendo la retribución correspondiente. Y en cuanto al cierre del monasterio, es cierto que por razones personales las religiosas que se encontraban en el mismo han sido trasladadas a otros monasterios, (Alicante- y...-Cuenca); pero según consta en la certificación de la presidenta federal (folio 54 de los autos) el cierre es temporal –por un trimestre-, y en dicha certificación se hace constar que la actora debe ser mantenida en alta en la Seguridad Social y encomendarle labores de cuidado de dicho monasterio, en tanto en cuanto no sean destinadas otras religiosas para restablecer la comunidad religiosa. Según consta, igualmente, en el certificado emitido por el provicario general del Arzobispado de Santiago de Compostela (folio 55), el cierre del monasterio se hizo

efectivo en el mes de octubre del pasado año, y también se señala que antes de finalizar el primer trimestre de 2000 la Congregación de R.T. habrá destinado a otras hermanas para el citado monasterio. Consecuentemente, se da una evidente falta de acción de la trabajadora demandante, la cual encontrándose de alta en la Seguridad Social, percibiendo retribución y pudiendo prestar servicios, y no existiendo una decisión unilateral de la empresa de extinguir la relación laboral, carece de acción para intentar extinguir la misma. Ciertamente es que, provisionalmente, no podrá desempeñar las funciones de auxiliar de clínica para las que fue contratada, ayudando y colaborando en las necesidades de las religiosas como vino haciendo últimamente; sin embargo, restablecida la comunidad religiosa, podrá recuperar en toda su plenitud sus anteriores quehaceres laborales, sin que ese cambio transitorio de funciones –durante tres meses- puede provocar la consecuencia de extinguir voluntariamente su contrato de trabajo. Por lo que el recurso de la trabajadora debe ser desestimado.

SÉPTIMO.- La estimación del recurso interpuesto por el monasterio demandado, impone la devolución por el juzgado de instancia del depósito constituido para recurrir, a tenor de lo dispuesto “a contrario sensu” en el artículo 202.1 de la Ley de Procedimiento Laboral.

### Fallamos

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por el M.R.T., contra la sentencia de fecha treinta de noviembre de mil novecientos noventa y nueve, dictada por el Juzgado de lo Social número uno de Santiago de Compostela, recaída en proceso sobre despido, seguido a instancia de doña M.C.G.B., debemos declarar y declaramos que la relación laboral de la actora con el citado monasterio es de fecha diez de mayo de mil novecientos noventa y nueve. Debiendo devolverse a la citada entidad religiosa el importe del depósito constituido para recurrir. Y desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal de la demandante, contra la anterior sentencia, debemos confirmar y confirmamos la misma.

**2950 RECURSO Nº 1.695/00**

S. S.

DESPEDIMENTO PROCEDENTE POR FALTAS REPETIDAS E INXUSTIFICADAS DE PUNTUALIDADE.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Ricardo Ron Curiel

A Coruña, a cinco de mayo 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. 1.695/00, interpuesto por don G.G.M.M. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de La Coruña.

**Antecedentes De Hecho**

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 44/00 se presentó demanda por don G.G.M.M. en reclamación sobre despido siendo demandado la empresa “O.G., S.L.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 23 de febrero de 2000 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 G.G.M.M., viene prestando servicios para la demandada “O.G., S.L.” desde el 11 de julio de 1997, con la categoría profesional de “ayudante de cocina” y un salario mensual de 132.000 pesetas con prorrateo de pagas extraordinarias./ 2º) Que en fecha 10 de diciembre de 1999 la empresa demandada remitió al actor carta de despido en la que se le imputan faltas repetidas e injustificadas de puntualidad en el trabajo desde principios de verano hasta la fecha del despido, así como durante dicho período pérdidas reiteradas de tiempo en su jornada habitual al dejar el coche aparcado en doble fila y tener que salir a aparcarlo bien al impedir el paso a otro vehículo, así como falta de limpieza en los utensilios de cocina y descuido en su aseo personal y amenazas al personal de la empresa, carta que obra unida a las actuaciones y cuyo contenido se da por reproducido./ 3º) Que de la prueba practicada en las presentes actuaciones resulta probado que el actor desde el mes de agosto hasta la fecha en que le fue remitida la

carta sancionadora llegaba tarde a diario a su trabajo, lo que motivó por parte de a empresa, en tres ocasiones, cartas de sanción de fechas 06.08.99, 13.08.99 y 07.12.99, siendo amonestado por escrito, y que asimismo durante dicho período de tiempo dejaba el coche aparcado en doble fila, teniendo que salir del trabajo para aparcarlo bien en el momento que entorpecía la salida de otro vehículo, con el consiguiente entorpecimiento en el rendimiento de su trabajo habitual./ 4º) Que el mes de agosto del presente año el actor tuvo un altercado con el cocinero Sr. M.G., a quien le manifestó que “le iba a romper la cara”, invitándole al mismo tiempo a que saliese a la calle a “fin de armar pelea”./ 5º) Que el actor no ha ostentado la cualidad de representante legal de los trabajadores./ 6º) Que se ha celebrado “sin avenencia” acto de conciliación ante el S.M.A.C.” TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO/ Que desestimando la demanda interpuesta por don G.G.M.M., contra la empresa “O. Y G., S.L.”, debo absolver y absuelvo a dicho demandado de los pedimentos contenidos en la demanda.”

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este tribunal, se dispuso el pase de los mismos al ponente.

**Fundamentos De Derecho**

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestima la demanda y absuelve a la empresa demandada de los pedimentos contenidos en aquélla. Este pronunciamiento se impugna por la representación letrada del demandante, la que construye el primero de los motivos del recurso que formula al amparo del art. 191, letra c), de la Ley de Procedimiento Laboral, por entender que la sentencia de instancia contiene infracción, por interpretación errónea, del art. 60.2 del Estatuto de los Trabajadores; aduciendo, esencialmente, que en la demanda rectora, así como en la aclaración en el acto del juicio, se alegó que alguno de los hechos contenidos en la carta de despido se encontraban prescritos, en concreto, los descritos en los epígrafes a), b), d) y g) de dicha carta, pero en la sentencia se desestima tal pretensión en cuanto a las faltas de puntualidad al considerarse que las mismas constituyen faltas continuadas y que el cómputo del plazo de la prescripción debe comenzar desde la última de ellas; mostrando el recurrente su disconformidad con esta consideración porque aun siendo cierto que el cómputo del plazo prescriptivo en las faltas continuadas es diferente al de otras, también es cierto que debe establecerse un “dies a quo” para el cómputo del plazo de prescripción para no dejar al arbitrio de la empresa la posibilidad de

sancionar faltas prescritas, y para que pueda operar la prescripción larga, según reiterada jurisprudencia, es necesario que haya existido ocultación del hecho; y en el caso presente no existe ninguna clase de encubrimiento en la actitud del actor, lo que implica una actitud tolerada y consentida por la demandada; no pudiendo entenderse ajustada a derecho la interpretación que efectúa el juzgador del cómputo de la prescripción, ya que, según se expresa en el relato fáctico de su sentencia, el actor estuvo cuatro meses llegando tarde todos los días, tanto por la mañana como por la tarde, lo que implica que es una actitud consentida por la empresa o el plazo de prescripción ha sido ampliamente rebasado; y al no poder hablarse de prescripción larga, el plazo es el de veinte días para faltas graves o sesenta días para las muy graves, y al haber transcurrido cuatro meses desde la última sanción impuesta (8 de agosto de 1999) hasta la fecha del despido, el plazo de prescripción se habría superado ampliamente; sin que pueda incluirse en tal periodo la sanción de 7 de diciembre de 1999, por encontrarse ésta impugnada judicialmente. Cita finalmente, diversas sentencias de Tribunales Superiores de Justicia, entre ellas, la de esta sala de 21 de enero de 1999. La censura a que el motivo se contrae no puede prosperar, ya que si, como se afirma en el relato fáctico de la sentencia recurrida, resulta probado que el actor desde el mes de agosto hasta la fecha en que le fue remitida la carta sancionadora -10 de diciembre de 1999- llegaba tarde a diario a su trabajo y dejaba el coche aparcado en doble fila teniendo que salir del trabajo para aparcarlo bien, cuando entorpecía la salida de otro vehículo, es evidente que aunque se consideraran solamente las faltas cometidas en un periodo de tiempo de dos meses, inmediatamente anterior a la entrega de la carta de despido, soslayando, hipotéticamente, las faltas cometidas con anterioridad, carecería de eficacia jurídica la aplicación del instituto de la prescripción, teniendo en cuenta la propia entidad -gravedad- y frecuencia -diaria- de las faltas cometidas, por aplicación del art. 60.2 del Estatuto de los Trabajadores.

SEGUNDO.- Con el mismo apoyo procesal que el motivo precedente, se construye el segundo, y último, en el que se denuncia infracción, por interpretación errónea, del art. 54.2.a) y d) del Estatuto de los Trabajadores: argumentando, sustancialmente, que de ser cierto el relato contenido en la carta de despido, reproducido en los hechos probados de la sentencia, es obvio que no puede cohonestarse dicha supuesta actitud del recurrente con una falta de consentimiento empresarial a tal comportamiento, citando y transcribiendo parcialmente lo razonado en las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Canarias-Santa Cruz de Tenerife, de 19 de julio

de 1995 y de esta Sala de 27 de enero de 1993, con invocación de la de este mismo tribunal de 28 de abril de 1992 y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 24 de febrero de 1993; haciendo referencia a la doctrina jurisprudencial relativa a las advertencias previas, señalando que el recurrente fue sancionado en dos ocasiones en el mes de agosto del pasado año, imponiéndole sanciones leves -amonestación por escrito-, habiendo transcurrido cuatro meses para que volviera a ser sancionado, sin que por la empresa se tomara medida alguna, siendo impugnada judicialmente la última sanción, invoca la sentencia de este tribunal de 9 de septiembre de 1992 y del de Asturias de 21 de abril de 1992; mencionando la habitualidad de flexibilización del horario de entrada al trabajo de los trabajadores en el sector de hostelería -actividad de la demandada- y la sanción del que recurre por dejar el coche aparcado en doble fila durante, al parecer dice, todo el tiempo que duró la relación laboral -dos años y medio- siendo, por ello, mas clara la tolerancia y consentimiento empresarial, al no haber sido motivo de ningún tipo de apercibimiento, ni escrito ni verbal; haciendo referencia, asimismo, a la falta de especificación y concreción de los hechos en la carta de despido, en la que no se especificaba cuantos ni que días el actor acudía tarde a trabajar, solo dice prácticamente todos los días, ni cuantifica las tardanzas, ya que a tenor del art. 38 del Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería, aprobado por Resolución de 24.06.96, es falta grave o leve si la impuntualidad es superior o no a treinta minutos, ocurriendo lo mismo, afirma el recurrente, con el resto de las faltas imputadas; estableciéndose en el art. 39 del citado Acuerdo, que serán faltas graves más de tres faltas injustificadas de puntualidad cometidas en el periodo de un mes, con lo que, de ser ciertas las faltas de puntualidad imputadas, estima el recurrente que la empresa podía haberle sancionado con suspensión de empleo y sueldo de tres a quince días -art. 41.b), del repetido Acuerdo-. Entendiendo, por todo ello, el recurrente, que la demanda debe ser íntegramente estimada y, en consecuencia, declarado improcedente su despido. Del incombato relato histórico de la sentencia recurrida son de destacar los siguientes datos: A) El demandante viene prestando servicios para la empresa demandada "O.G., S.L.", desde el 11 de julio de 1997, categoría profesional de ayudante de cocina y salario mensual de 132.000 pesetas, con prorrateo de pagas extraordinarias. B) Con fecha 10 de diciembre de 1999, la empresa demandada remitió al actor carta de despido, imputándole faltas repetidas e injustificadas de puntualidad en el trabajo, desde principio de verano hasta la fecha el despido, así como pérdidas reiteradas de tiempo, durante dicho periodo, en su jornada



habitual al dejar el coche aparcado en doble fila y tener que salir a aparcarlo bien al impedir el paso de otros vehículos, también, falta de limpieza en los utensilios, de la cocina y descuido en su aseo personal y amenazas al personal de la empresa. C) El actor, desde el mes de agosto hasta la fecha en que le fue remitida la carta de despido, llegaba tarde a diario a su trabajo, lo que motivó por parte de la empresa, en tres ocasiones, cartas de sanción de fechas 06.08.99, 13.08.99 y 07.12.99, siendo amonestado por escrito, y, asimismo, durante dicho periodo de tiempo, dejaba el coche aparcado en doble fila, teniendo que salir del trabajo para aparcarlo bien en el momento que entorpecía la salida de otro vehículo, con el consiguiente entorpecimiento en el rendimiento de su trabajo habitual. D) En el mes de agosto de 1999, el actor tuvo un altercado con el cocinero Sr. M., a quien le manifestó que le iba a romper la cara, invitándole, al mismo tiempo, a que saliese a la calle de fin de armar pelea. La situación que se concreta bajo el apartado C) del párrafo que precede, es constitutiva del incumplimiento, por parte del actor, de uno de los deberes básicos del trabajador, cual es el de cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, sujetas a las reglas de la buena fe y diligencia, impuestas por el art. 5, letra a), del Estatuto de los Trabajadores; y si la empleadora demandada ha acreditado la realidad de aquella situación, fundamentadora del despido, dando cumplimiento a la carga probatoria que sobre ella recaía, sin que por el actor se hubiera demostrado la concurrencia de hecho alguno que pudiera justificarla, al haber quedado debidamente aseverado un incumplimiento contractual grave y culpable, resulta evidente que el comportamiento del demandante encuentra adecuada subsunción dentro de la normativa contenida en el art. 54, número 2, letra a), del Estatuto de los Trabajadores, por lo que procede calificar como procedente el despido cuestionado, al tenor de lo preceptuado en los arts. 55, número 4, del citado estatuto y 108, número 1, de la Ley Rituaria Laboral, con los efectos previstos en el número 7 del citado art. 55 del repetido estatuto y 109 de la también invocada Ley Procesal.

**TERCERO.-** Por todo lo expuesto procede desestimar el recurso y confirmar la sentencia recurrida, si bien, concretando su parte dispositiva, por imperativo legal, en el sentido de declarar procedente el despido litigioso y convalidada la extinción del contrato de trabajo que aquél produjo, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación. En consecuencia, **FALLAMOS**

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por don G.G.M.M., contra la sentencia de fecha veintitrés de febrero de dos mil, dictada por el Juzgado de lo Social número uno de A Coruña, en proceso promovido por el

recurrente frente a la empresa “O.G., S.L.”, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida, cuya parte dispositiva se completa en el sentido de declarar procedente el despido litigioso y convalidada la extinción del contrato que el mismo produjo, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación.

## 2951 RECURSO Nº 1.765/00

S. S.

**EXTINCIÓN LÍCITA DE CONTRATO DE INTERINIDADE, QUE EXCLUYE A EXISTENCIA DE DESPEDIMIENTO.**

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio González Nieto

A Coruña, a ocho de mayo 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. 1.765/00, interpuesto por doña M.C.M.C. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. tres de Lugo.

### Antecedentes De Hecho

**PRIMERO.-** Que según consta en autos se presentó demanda por doña M.C.M.C. en reclamación de despido siendo demandado Consellería de Familia Promoción do Emprego Muller e Xuventude en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 668/99 sentencia con fecha diez de diciembre 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.-** La actora doña M.C.M.C., cuyos datos personales constan en autos, prestó sus servicios para la Consellería de Familia Promoción do Emprego, Muller e Xuventude, desde el 21 de diciembre de 1994, ostentando la categoría profesional de pedagogo en... (Lugo), por la que percibía un sueldo de 299.417 pesetas mensuales (equivalente a 9.980.56 pesetas diarias, incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias).- **SEGUNDO.-** El contrato de trabajo fue celebrado el 19.12.94 entre la actora y la Consellería de Familia y se trata de un contrato

de duración determinada celebrado al amparo R.D. 2.104/84, para prestar servicios en calidad de pedagogo en el centro de formación ocupacional de... (Lugo). Dicho contrato de interinidad se celebró para cubrir la vacante surgida por fallecimiento de la titular doña B.G.V., estipulándose en la cláusula sexta del referido contrato que la duración del mismo comprendería desde el 21 de diciembre de 1994 hasta la cobertura del puesto de trabajo mediante el procedimiento reglamentario o la amortización de la plaza.- **TERCERO.-** Por Real Decreto 146/93, de 29 de enero (BOE 4 de marzo de 1993) se produjo el traspaso de funciones y servicios de la Gestión de la Formación Profesional Ocupacional a la Comunidad Autónoma de Galicia. Por tal motivo y con efectos de 1 de enero de 1993, fue transferida a la Xunta de Galicia doña B.G.V., fallecida el 19 de julio de 1994, quien se hallaba vinculada por un contrato temporal con el I.N.E.M.- **CUARTO.-** En la Consellería demandada la plaza que ostentaba doña C.M. aparece identificada con el código de puesto... (Relación de puesto de trabajo aprobada por resolución de 14 de septiembre de 1998).- **QUINTO.-** La actora realizaba las siguientes funciones: -coordinación de cursos; selección de personal; conferencias de empleo; impartición de cursos de metodología didáctica; tareas administrativas varias.- **SEXTO.-** En fecha 01.09.99 la Consellería de Familia, Promoción do Emprego, Muller e Xuventude, envía a la actora la siguiente carta: Le comunico que con fecha 1 de septiembre de 1999 cesa en su puesto de trabajo como titulado superior de formación ocupacional dependiente de esta delegación, por la incorporación del titular de la plaza. Lo que se le comunica para su conocimiento y hechos oportunos.- **SÉPTIMO.-** La actora cesa en su puesto de trabajo el 1 de septiembre de 1999 por la incorporación del titular de dicha plaza don L.D., que fue nombrado en virtud de la orden del 2 de agosto de 1999 (DOG nº 157, del 16.08.99) por la que se procede al nombramiento como personal laboral fijo de la Xunta de Galicia a los aspirantes que superaron los procesos selectivos, convocados por la orden de 2 de diciembre de 1996 (DOG nº 242 de 12 de diciembre).- **OCTAVO.-** La actora con posterioridad a su cese fue contratada por la consellería para impartir cursos, con contratos para la realización de trabajos específicos y concretos.- **NOVENO.-** La actora no ostenta ni ha ostentado la representación de los trabajadores.- **DÉCIMO.-** La actora en fecha 23.09.99 presentó reclamación previa que fue desestimada por resolución de fecha 11.10.99.- **UNDECIMO.-** La actora con anterioridad a esta demanda había interpuesto en fecha 02.06.98 demanda contra la Consellería de Familia Promoción do Emprego, Muller e Xuventude de la Xunta de Galicia y el I.N.E.M.,

solicitando la declaración de fijeza de su relación laboral y la consideración de su contrato como indefinido desde el día en que comenzó a prestar sus servicios en la consellería demandada el 1 de septiembre de 1992, alegando que el contrato de fecha 21 de diciembre de 1994 fue realizado en fraude de ley, pretensión que fue desestimada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Lugo en sentencia de fecha 23 de junio de 1998, y que fue confirmada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 20.09.99”.

**TERCERO.-** Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “**FALLO:** Que desestimo la excepción de cosa juzgada alegada por la Consellería de Familia. Que desestimo la demanda interpuesta por doña M.C.M.C. contra la CONSELLERÍA de FAMILIA, PROMOCIÓN DO EMPREGO, MULLER E XUVENTUDE sobre despido, absolviendo a la demandada de los pedimentos contenidos en la demanda”.

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

#### Fundamentos De Derecho

**PRIMERO.-** La sentencia de instancia desestimando la excepción de cosa juzgada, desestima la demanda de despido, interpuesta por la actora, absolviendo libremente de la misma a la demandada Consellería de Familia, Promoción do Emprego Muller e Xuventude. Y contra este pronunciamiento recurre la parte actora, pretendiendo como primer motivo de recurso, la revisión de los hechos declarados probados y en concreto el ordinal 8º, a fin de que quede redactado del tenor literal siguiente: “La actora, con posterioridad a su cese, fue contratada por la consellería demandada para impartir diversos cursos de metodología didáctica”. Modificación que si bien se acepta, al estar acreditada por la documental (obstante a los folios 78 y 81 de los autos), es irrelevante, de conformidad con lo que se razonará en el posterior fundamento de derecho.

**SEGUNDO.-** Como segundo motivo -sobre examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida- con adecuado amparo procesal, se denuncia infracción del art. 4.2 del R.D. 2.104/84, 15.3 y 6.4 del Código Civil; alegando fundamentalmente, que no obstante haberse cubierto la plaza que con carácter de interinidad desempeñaba, el nuevo titular de la misma no estaba ejercitando las mismas funciones que desempeñaba aquella y que eran inherentes a la plaza y que había sido contratada con posterioridad a su cese realizando el mismo

trabajo que hacia con anterioridad. Del relato fáctico de hechos probados se desprende: la actora ha venido prestando servicios para la Consellería de Familia Promoción do Emprego, Muller e Xuventude, con la que celebró contrato de interinidad de duración determinada, al amparo del R.D. 2.104/84, con fecha 19 de diciembre de 1994, ostentando la categoría profesional de pedagoga en el centro de... (Lugo), para cubrir la vacante surgida por el fallecimiento de la titular doña B.G.V., estipulándose en su cláusula sexta que la duración del contrato sería desde el 21 de diciembre de 1994, hasta la cobertura del puesto de trabajo mediante el procedimiento reglamentario o la amortización de la plaza; desempeñando la siguientes funciones: coordinación de cursos, selección de personal; conferencias de empleo; impartición de cursos de metodología didáctica; y tareas administrativas varias. La plaza, estaba identificada con el código de puesto... Con fecha 1 de septiembre del 99 por la Consellería de Familia le remitió la siguiente carta: “le comunicó que con fecha 1 de septiembre del 99 cesa de su puesto de trabajo como titulado superior de formación ocupacional dependiente de esta delegación por la incorporación del titular de la plaza. Lo que se le comunica para su conocimiento y efectos oportunos”. Habiendo cesado en su puesto de trabajo en la mencionada fecha por la incorporación del titular de dicha plaza don L.D., que fue nombrado en virtud de la orden de 2 de agosto de 1999 (DOG 157, de 16 de agosto de 1999), por la que se procedió al nombramiento como personal laboral fijo de la Xunta de Galicia a los aspirantes que superaron los procesos selectivos. Con posterioridad a su cese fue contratada por la consellería para impartir diversos cursos de metodología didáctica. Esto sentado, no ofrece duda a esta sala, que no ha existido un despido sino extinción del contrato al haberse cubierto la plaza por el procedimiento reglamentario con la incorporación de quien superado el proceso selectivo “concurso oposición”, le fue adjudicada la misma; sin que pueda olvidarse que es reiterada doctrina jurisprudencial, sentencias del T.S. entre otras de 06.11.96 o bien de 22.05.97, la que viene señalando: “que las Administraciones Públicas pueden utilizar la contratación temporal no sólo en los casos de sustitución de trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo, (interinos por sustitución) a cuyo supuesto se refiere el art. 15.1.c) del E.T., y el art. 4 del R.D. 2.104/84, (hoy 2.546/1994, de 29 de diciembre), sino también por la cobertura provisional de vacantes hasta que se cubran definitivamente las plazas por sus titulares a través de los procedimientos establecidos al efecto (interinidad por vacante), lo que admite expresamente el R.D. 2.546/94, de 29 de diciembre, que sustituye al anterior; añadiendo

la sentencia del T.S. de 20 de enero de 1998, a propósito de la identificación del 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 igual sentido sentencia de 21 de enero de 2000). Tampoco se infringe el art. 4.2.d) del R.D. 2.104/84, pues, nos encontramos ante una plaza vacante en la Administración al fallecer el anterior titular, y en estos supuestos no se puede ocupar directamente un puesto de trabajo, pues tanto la Constitución (art. 103.3) como la Ley de la Función Pública de Galicia de abril del 98 (art. 9.2), establecen para el acceso a la función pública los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, a los cuales hay que someterse para obtener plaza en la misma. De acuerdo con estos principios el Convenio Colectivo Único para el Personal laboral de la Xunta de Galicia, regula la provisión de vacantes (arts. 9 y ss.) y de conformidad con los mismos fue adjudicada la plaza. Por lo que en aplicación de tal doctrina al caso de autos y estando acreditado que el cese de la demandante vino dado por la incorporación de un trabajador al que se le adjudicó en propiedad la plaza que aquella disfrutaba, después de superar el correspondiente proceso selectivo -concurso oposición-, es claro, que no se evidencia arbitrariedad alguna, o fraude de ley, sino aplicación de la normativa concerniente al caso; sin que sea atendible lo argumentado por la recurrente, de que el titular de la plaza don L.D., no estaba ejercitando las mismas funciones que desempeñaba aquella y que eran inherentes a la plaza, porque lo importante, no son las funciones que se realicen sino el puesto que se ocupa, ya que dentro del mismo grupo profesional el empleador goza del “ius variandi”, pudiendo incluso encomendar funciones totalmente distintas con tal que se respete el grupo profesional y las titulaciones académicas o profesionales (art. 39.1 E.T.), argumento, -que como acertadamente se razona por la magistrada de instancia- puede aplicarse también al hecho, alegado por la actora, de que ella no ejercitaba las mismas funciones que doña B.G., ni el hecho de que la actora haya sido contratada para impartir diversos cursos de metodología didáctica, con posterioridad, signifique que no sea conforme a derecho su cese, máxime cuando las nuevas contrataciones las hizo la Xunta para impartir cursos concretos y determinados. 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 doña M.C.M.C., contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Lugo, de fecha diez de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, dictada en autos seguidos a instancia de la demandante-recurrente contra la Consellería de Familia, Promoción do Emprego Muller e Xuventude sobre despido, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la resolución recurrida.

**2952 RECURSO Nº 1.530/00**

S. S.

**CONTRATO DE OBRA FRAUDULENTO, A SÚA EXTINCIÓN CONSTITÚE DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE.**

Ponente: Ilmo. Sr. Don José María Cabanas Gancedo

A Coruña, a nueve de mayo 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. 1.530/00, interpuesto por don A.G.V. y el Excmo. Concello de Lugo, contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de Lugo.

**Antecedentes De Hecho**

**PRIMERO.-** Que según consta en autos se presentó demanda por don A.G.V. en reclamación de despido, siendo demandado Excmo. Concello de Lugo, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 686/99 sentencia con fecha 13 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: “1º) El demandante mayor de edad, con D.N.I. nº..., vecino de Lugo, vino prestando sus servicios por cuenta y orden del demandado Excmo. Concello de Lugo desde el día 12-septiembre-1996, ostentando la categoría profesional de vigilante y percibiendo un salario mensual de ptas. 186.000, incluida la prorrata de pagas extraordinarias. La prestación de servicios se pactó a medio de contrato de duración

determinada celebrado al amparo del Real Decreto 2.546/94, de 29 de diciembre, en relación con el artículo 15.1.a) del E.T., como trabajador para la realización de una obra o servicio determinado, consistente o cuyo objeto radicaba en la vigilancia y custodia del Hogar del Transeúnte sito en la calle... de Lugo. Se estipuló una duración inicial de tres meses (del 12.09.96 al 11.12.96) y una jornada de trabajo de 37,5 horas semanales prestadas de 21,30 horas a 5 horas con los descansos que establece la Ley. Contrato que fue prorrogado a su finalización por un período de seis meses (del 12.12.96 al 11.06.97), prorrogándose por 2ª vez por doce meses (del 12.06.97 al 11.06.98), por 3ª vez por doce meses (del 12.06.98 al 11.06.99) y por 4ª vez por tres meses (del 12.06.99 al 11.09.99).- 2º) El actor don A.G.V., recibió comunicación escrita de cese fechada a 3 de agosto de 1999 del empresario organismo público demandado del tenor literal (sic): “Exmo. Concello de Lugo.- Persoal.- dol.- Por medio da presente e para os oportunos efectos, notifícolle que o vindeiro día 11 de setembro de 1999, remata a relación laboral que lle une a este Concello, polo que na indicada data deixará de prestar os seus servicios a esta entidades.- Lugo, 3 de agosto de 1999.- A ALCALDESA ACCIDENTAL”.- Antes de las respectivas prórrogas del contrato le fueron remitidas comunicaciones escritas de cese similares con efectos respectivos de 11.12.96, 11.06.97, 11.06.98 y 11.06.99, fechadas a 04.11.96, 05.05.97, 04.05.98 y 03.05.99, respectivamente.- 3º) El demandante no ostenta, ni ha ostentado en el año anterior al despido, la cualidad de delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical, esto es, cargo de representación de los trabajadores. Está afiliado a C.I.G.- 4º) En virtud de contrato suscrito entre el Concello de Lugo y la empresa “C.G., S.A.”, este último vino prestando servicios de vigilancia y seguridad remunerados en el Hogar del Transeúnte desde enero de 1992, finalizando el 01.03.96. Desde esta última fecha hasta la de la contratación del actor (12.09.96), la policía local del Excmo. Concello de Lugo realizó labores de vigilancia en el citado Hogar o Refugio Municipal cuando se ausentaba el personal municipal adscrito al mismo.- 5º) Don J.J.P.L. ha sido adscrito mediante colaboración social al Hogar del Transeúnte Municipal con la categoría profesional de vigilante y por el período comprendido entre el 16.07.99 y 15.01.00, siendo la contribución municipal en cuanto a salarios de ptas.- 57.873.- 6º) La vigilancia nocturna del Hogar del Transeúnte para evitar peligros potenciales de índole diversa constituía una necesidad permanente del ente local demandado durante los 365 días del año al tiempo de la contratación del demandante, pues no existía personal disponible suficiente para organizar



turnos de noite.- 7º) Agotada a vía de la reclamación previa, se interpuso la demanda orixen de los presentes autos, que fue repartida a este juzgado con fecha 25.10.99”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es do tenor literal seguinte: “Fallo: Que estimando la demanda interpuesta por don A.G.V., sobre despido, contra la empresa Excmo. Concello de Lugo, debo declarar y declaro la improcedencia do mesmo y en su consecuencia, debo condenar y condeno a dicha empresa a que en el prazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, opte entre la readmisión do traballador Sr. G.V. o el abono de una indemnización de OCHOCIENTAS TREINTA Y SIETE MIL PESETAS (837.000 ptas.), entendiéndose que de non optar el empresario por la readmisión o por la indemnización procede la primeira, y, ademais, en uno y otro caso, al pago de los salarios deixados de percibir desde la fecha do despido, hasta la notificación de la sentencia y que hasta la fecha de la presente resolución y a razón de 6.200 pesetas diarias ascienden a la suma de QUINIENTAS SETENTA Y SEIS MIL SEISCIENTAS PESETAS (576.600 PTAS)”.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por ambas partes, sendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este tribunal, se dispuso el paso de los mismos al ponente.

### Fundamentos De Derecho

PRIMERO.- Ante la sentencia de instancia –que declarou improcedente el cese do actor, en la relación laboral, que le unía con el Ayuntamiento de Lugo, el que le notificó, el 3 de agosto de 1999, su conclusión, con fecha del 11 de setembro seguinte, por finalización de la misma, despois de haber venido prestando servicios para él desde el 12 de setembro de 1996, con la categoría de vigilante, mediante un contrato de duración determinada, celebrado al amparo do Real Decreto 2.546/1994, de 29 de diciembre, en relación con el artículo 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores, para la realización de una obra o servicio determinado, con obxecto de llevar a cabo la vigilancia y custodia del Hogar del Transeúnte de Lugo, con una duración inicial de tres meses, prorrogada en cuatro ocasións, la última por tres meses, del 12 de xunio al 11 de setembro de 1999, y con una jornada de traballo de 37’5 horas semanales, prestadas de 21’30 a 5, con los descansos legalmente establecidos-, formulan recurso de suplicación, por una parte, el organismo citado, por el cauce -no, expresamente, sinalado, pero que se deduce de los términos del escrito de interposición-, del apartado c) del artículo 191 del TRLPL, citando, como infringidos, los artículos 15 del Estatuto de los

Trabajadores y 2 y 8 del Real Decreto 2.546/1994; y, por otra, el actor, en primeiro lugar, por la vía del apartado b) del citado artículo 191 del TRLPL, a fin de que se añada a aquélla un nuevo feito probado, el séptimo –pasando el actual séptimo a octavo-, que afirme que “el artículo 28.3 del Convenio Colectivo Unico del Personal Laboral del Ayuntamiento de Lugo preceptúa que...”; y, en segundo, por el del c) del mesmo precepto, alegando infracción, por inaplicación, del mencionado artículo 28.3.

SEGUNDO.- Non es viable el recurso de suplicación, planteado por el Ayuntamiento de Lugo, ya que, si se tienen en cuenta, por una parte, las directrices, que marca la doctrina jurisprudencial, sobre los contratos, como el celebrado entre las partes –que se centran en afirmar, entre otros extremos, que el válido acogimiento a la modalidade contractual, que autoriza el artículo 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores, non sólo requiere que la obra o servicio que constituya su obxecto sea de duración incierta y presente autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad normal de la empresa, sino ademais que, al ser concertado, sea suficientemente identificada la obra o el servicio y que, en el desarrollo de la relación laboral, el traballador sea ocupado en la ejecución de aquélla o en el cumplimiento de éste y non normalmente en tareas distintas (sentencias del Tribunal Supremo de 10 y 30 de diciembre de 1996, 20 de xaneiro, 11 de novembro y 28 de diciembre de 1998, etc)-; y, por otra, que, según aparece en la non controvertida relación fáctica de la resolución impugnada, resultó acreditado que, desde xaneiro de 1992, hasta el 1 de marzo de 1996, existió un contrato entre el Ayuntamiento de Lugo y la empresa “C.G., S.A.”, en virtud del que ésta vino prestando servicios de vigilancia y seguridade remunerados en el Hogar del Transeúnte; que, desde esta última fecha, hasta la contratación del actor, fue la policía local la que realizou labores de vigilancia en dicho hogar, cuando se ausentaba el personal municipal adscrito al mesmo; que, durante el período, comprendido entre el 16 de xullo de 1999 y el 15 de xaneiro de 2000, fue adscrito, mediante colaboración social, a él, con categoría profesional de vigilante, y con contribución municipal al salario, un tercero; y que constituía una necesidade permanente municipal, la vigilancia nocturna del Hogar del Transeúnte, para evitar peligros potenciales de diversa índole, durante los 365 días del año, al tempo de la contratación del demandante, al non existir personal suficiente para organizar turnos de noite; resulta que nada cabe objetar a la Sra. Juez “a quo”, por el feito de haber declarado improcedente el cese do actor, dado que es evidente que el servicio, que se encomendó a éste, consistente en realizar labores de vigilancia y

custodia nocturna en el Hogar del Transeúnte de Lugo, carecía de las notas de autonomía y sustantividad necesarias, para que el contrato celebrado, pudiese ser considerado como de obra o servicio determinado, ya que dichas labores, al ser precisas durante todos los días el año, y al carecer el ayuntamiento de personal suficiente para organizar los correspondientes turnos de noche, tuvieron que realizarse por éste, acudiendo, según los momentos, o a una empresa privada del sector, o a la policía local, o a un tercero, y también, dentro de ese contexto, al actor, haciendo uso para ello de una modalidad contractual, que no era la adecuada para el caso, con un claro fraude de ley, que convirtió su contratación en indefinida.

**TERCERO.-** Igual suerte desestimatoria debe correr el recurso, planteado por el actor, ya que, aparte de que no es factible efectuar la adición fáctica, que se interesa con el primer motivo, pues no se trata de tal, sino del añadido del artículo de una norma de la contratación colectiva, y que no encaja, por lo tanto, en un motivo, cuyo único objeto es revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas; la cuestión, que plantea con el segundo –que, en base a dicha norma, no corresponde optar al empresario entre la indemnización y la readmisión, sino que solamente podría llegarse a la opción de la indemnización, previa acreditación de la constitución de la comisión mixta, a que se refiere, y de que los miembros de ésta, por unanimidad, optaron por ella, ya que, en otro caso, correspondería al trabajador-, constituye –al no haber sido planteada en forma en la instancia, como se deduce de los términos de la demanda y de las alegaciones efectuadas en el juicio, y al no haberse referido a ella, como era lógico, la Sra. Juez “a quo” en la sentencia-, una alegación nueva, en cuyo análisis no procede entrar en esta alzada, ya que, el hacerlo, significaría efectuar un ataque frontal al derecho constitucional de defensa judicial efectiva de la parte demandada (artículo 24.1 de la Constitución), pues podría llegarse, en su caso, a un pronunciamiento, contrario a ella, sin haber podido plantear las alegaciones que estimare procedentes sobre lo ahora solicitado y, también, los medios probatorios que estimare adecuados, en la instancia. Por lo expuesto,

#### **Fallamos**

Que, con desestimación de los recursos de suplicación, planteados por el Ayuntamiento de Lugo y por don A.G.V., contra la sentencia, dictada por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez de lo Social nº 1 de Lugo, fecha 13 de diciembre de 1999; debemos confirmar y confirmamos el fallo de la misma.

## **2953 RECURSO Nº 5.371/00**

S. S.

**CONCORRENCIA DOS REQUISITOS QUE PRESUPONEN A EXISTENCIA DE INCAPACIDADE PERMANENTE EN GRAO DE GRAN INVALIDEZ.**

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

A Coruña, a diez de mayo 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. 5.371/98, interpuesto por el letrado don M.H.G., en nombre y representación de don E.J.S.G., contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de los de Vigo.

#### **Antecedentes De Hecho**

**PRIMERO.-** Que según consta en autos nº 549/98 se presentó demanda por don E.J.S.G., sobre gran invalidez, frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social. En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 30 de octubre de 1998 por el juzgado de referencia, que desestimó la demanda.

**SEGUNDO.-** Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “I. El demandante E.J.S.G. ha nacido el 05.04.33 y figura afiliado a la Seguridad Social con el nº... II. El accionante, en alta en el R.E.A. por cuenta propia como pensionista, fue declaración en situación de I.P.A., derivada de enfermedad común, por resolución del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL de marzo de 1991, y en base a padecer: Refiere gonalgias; expl.: obesidad, nódulos de Herberden y Bonchard, rigidez en flexión 5º y 4º dedos de ambas manos; crujidos secos en ambas rodillas, flexión dolorosa y limitada a 90º; Rx.: gonartrosis bilateral avanzada, incapacitado para todo trabajo, tratamiento paliativo, proceso crónico. III. Instada revisión del grado de invalidez reconocido, la solicitud fue denegada por la Dirección Provincial del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL través de resolución,

confirmada posteriormente. IV. El demandante padece en la actualidad: I.P.A. desde 91 por gonartrosis bilateral avanzada, desde entonces presentó artritis séptica de rodilla izda. con bacteriemia, artritis mecánica de rodilla dcha. estuvo ingresado desde octubre hasta febrero del 98; presentó durante su ingreso H.D.A. por sangrado por varices esofágicas con encefalopatía hepática, polineuropatía sensitivo motora marcada, hepatopatía crónica con H.T.P. e hipersplenismo, está en silla de ruedas permanentemente. V. No consta que las bases reguladoras de la invalidez permanente hubiesen tenido modificación alguna desde la fecha de reconocimiento de la incapacidad, cuya revisión se pretende”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Desestimo la demanda que en revisión del grado de invalidez reconocido, ha sido interpuesta por E.J.S.G. contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, al que absuelvo. 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.- Recurre el actor la sentencia de instancia que desestimó su pretensión de gran invalidez, solicitada en revisión por agravación, articulando dos motivos de recurso por el cauce del artículo 191, apartados b) y c), de la Ley Procesal Laboral, peticionando en el primero de ellos la revisión de hechos probados y postulando en el segundo examen del derecho aplicado.

SEGUNDO.- Por el cauce revisor se pretende que el hecho probado cuarto sea modificado y quede configurado con la adición de las siguientes dolencias: “Calcificación mitral y aórtica. T.A.C. abdominal: 3 loes una de 5 cm. En L.H.I. altamente sugestiva de neoplasia, 2 lesiones hipodensas en L.S.D. Cirrosis micromacromodular y displasia de célula grande. Sepsia urinaria por *Clebsella*. Diabetes Mellitus tipo II. Atrapamiento nervio crural izquierdo”. Modificación adicional del relato fáctico que fundamenta en los informes médicos obrantes en los folios 44 a 46 y que no puede prosperar pues la referida documental no evidencia error del juez *a quo* en la valoración del acervo probatorio, habiendo el mismo hecho uso de las facultades al efecto conferidas en el art. 97.2 de la Ley Procesal Laboral; máxime cuando, además, el juez *a quo* se basa, fundamentalmente, en el informe del Equipo de Valoración de Incapacidades.

TERCERO.- La parte recurrente aduce otro motivo, al amparo del art. 191.c) de la L.P.L., denunciando infracción por no aplicación del art. 137.6 de la L.G.S.S., en relación con el 143 del mismo texto legal, alegando sustancialmente que el actor al estar en silla de ruedas permanentemente requiere la asistencia de una tercera persona para los actos más esenciales de la vida, pues el grado de dependencia es total para algunos actos esenciales de la vida tales como levantarse de la cama, asearse, vestirse, por lo que necesita el apoyo de otra persona, de la cual su dependencia será absoluta.

CUARTO.- La gran invalidez se define en el art. 137.6 de la Ley General de la Seguridad Social como la situación del trabajador que, debido a pérdidas anatómicas o funcionales necesite la asistencia de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos. Este precepto ha sido interpretado por la jurisprudencia en el sentido de entender el acto esencial para la vida como aquel que resulta imprescindible para la satisfacción de una necesidad primaria ineludible, para poder fisiológicamente subsistir o para ejecutar aquellas actividades indispensables en la guarda de la seguridad, dignidad, higiene y decoro fundamentales para la humana convivencia y estimando que, aunque no basta la mera dificultad en la realización del acto, no se requiere que la necesidad de ayuda sea continuada, y el inmodificado relato jurídico ofrece una clara agravación entre el original cuadro clínico que dio lugar a la declaración de invalidez permanente absoluta y el vigente, porque si la clínica consistía en: “Refiere gonalgias; expl.: obesidad, nódulos de Herberden y Bonchard, rigidez en flexión 5º y 4º dedos de ambas manos; crujidos secos en ambas rodillas, flexión dolorosa y limitada a 90º; Rx.: gonartrosis bilateral avanzada, incapacitado para todo trabajo, tratamiento paliativo, proceso crónico”, y la actual en: “I.P.A. desde 91 por gonartrosis bilateral avanzada, desde entonces presentó artritis séptica de rodilla izda. con bacteriemia, artritis mecánica de rodilla dcha. estuvo ingresado desde octubre hasta febrero del 98; presentó durante su ingreso H.D.A. por sangrado por varices esofágicas con encefalopatía hepática, polineuropatía sensitivo motora marcada, hepatopatía crónica con H.T.P. e hipersplenismo, está en silla de ruedas permanentemente”. Con este cuadro clínico confluye la exigencia de agravación cualificada y por tanto ubicable en grado superior de incapacidad (gran invalidez), pues implica una dependencia para que actos vitales necesarios (levantarse, acostarse, desplazarse) puedan llevarse a cabo, dado que el actor está permanentemente en silla de ruedas y, de hecho, en el propio informe médico de síntesis del

Equipo de Valoración de Incapacidades figura en conclusión: “A criterio de E.V.I. la posibilidad de Gran invalidez”. Todo lo cual conduce a la estimación del recurso y revocación de la sentencia de instancia y estimación de la demanda.

### Fallamos

Que estimando el recurso de suplicación formulado por don E.J.S.G. contra la sentencia de fecha 30 de octubre de 1998, dictada por el Juzgado de lo Social nº dos de los de Vigo en autos instados por el recurrente frente, al Instituto Nacional de la Seguridad Social, debemos revocar y revocamos la resolución recurrida, declarando al actor afecto de una GRAN INVALIDEZ con derecho a percibir una pensión vitalicia del 150% de su base reguladora, en la cuantía, efectos y con las revalorizaciones legalmente procedentes.

## 2954 RECURSO Nº 1.033/00

S. S.

**INEXISTENCIA DOS PRESUPOSTOS QUE CONFIGURAN A CESIÓN ILEGAL DE TRABALLADORES.**

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

A Coruña, a diez de mayo 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. 1.033/00 interpuesto por Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais da Xunta de Galicia, contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de los de Vigo.

### Antecedentes De Hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don J.F.P.V. en reclamación de despido siendo demandado Colegio de Abogados de Vigo, Colegio de Procuradores de Vigo, y la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais-Xunta de Galicia en su día se celebró acto de vista,

habiéndose dictado en autos núm. 629/99 sentencia con fecha veintidós 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: “1º.- Don J.F.P.V., con D.N.I. número..., domiciliado en Vigo..., ha venido prestando servicios, por cuenta de los Iltes. Colegios de Abogados y Procuradores de Vigo, en el edificio de los Juzgados de la C/..., como vigilante del aparcamiento, aparcando y desaparcando vehículos, desde el 19 de junio de 1987, y un salario de 79.332 pesetas con prorrata por cuenta del Colegio de Abogados y 58.127 pesetas mes con prorrata por cuenta del Colegio de Procuradores, siendo el salario global de 137.459 pesetas mes, incluida parte proporcional de pagas extras. La jornada contratada es de 22,50 horas para el Colegio de Abogados y de 16,50 horas para el de procuradores, de lunes a sábado de 8,30 horas a 15 horas. Las funciones que realizaba el demandante, además de la vigilancia, era la de aparcamiento de los vehículos tanto de los abogados y procuradores, como, y principal y fundamentalmente, los de los funcionarios de la Administración de Justicia empleados en los juzgados del edificio o Palacio de Justicia de la C/... en Vigo.- 2º.- El origen de semejante relación laboral, se debió a que cuando se construyó el citado edificio, y entrar en funcionamiento, dependiente del Ministerio de Justicia, en el que existe un sótano para parking o establecimiento de los vehículos, principalmente de los magistrados, secretarios fiscales y funcionarios de la Administración de Justicia, se percibe un problema de seguridad, al tener que estar dicho lugar abierto. Se realizan entonces conversaciones con el magistrado-juez de entonces, por los colegios profesionales demandados, para que pudiesen aparcarse en dicho local los coches de los abogados y procuradores, dado que el edificio se encuentra un tanto alejado, e incluso para facilitar la labor de los abogados del turno de oficio, asistencias y demás diligencias; como el ministerio, a pesar de lo solicitado y alegado por el Ilmo Sr. Decano de los Jueces, no podía hacerse cargo, por carecer de presupuesto para ello, se acordó que los colegios contratasen a una personal que realizara las funciones de vigilancia y control de los vehículos en dicho aparcamiento, y que al mismo tiempo y para duplicar el espacio y posibilidad de aparcarse mayor número de coches, realizase las funciones de estacionar o mover los automóviles. Hubo dos candidatos y el Decano, eligió al hoy demandante. Tal uso del lugar, así como el acuerdo o pacto, fue autorizado por el Ministerio Fiscal.- 3º.- En el referido lugar hay una cabina para el trabajador, que abría el aparcamiento por la mañana a las 8,30 horas y lo cerraba a las 15



horas. Las órdenes e instrucciones las recibía del Ilmo. Sr. Decano, don J.S. inicialmente y ahora don A.R., por ellos mismos o a través de otra persona, como la jefa de mantenimiento. Ni la junta de gobierno de los colegios de abogados y procuradores, ni sus miembros, decanos o secretarios, dieron órdenes al trabajador en ningún momento.- 4º.- Dado que en lugar contiguo al edificio señalado, se está construyendo otro de parecidas características, para albergar al resto de los juzgados no incluidos en el primero y sala de la audiencia pero en el que no se va a construir aparcamiento, durante cierto tiempo los funcionarios de los juzgados han venido realizando un movimiento reivindicativo entre cuyas pretensiones estaba la del uso del garaje con exclusividad para los empleados de la Admón. de Justicia, llegando incluso a prohibir la entrada de los vehículos de abogados y procuradores a dicho aparcamiento. Así las cosas el Ilmo. Sr. Decano de magistrados y jueces de Vigo puso en conocimiento de la Consellería de Xustiza la insuficiencia del número de plazas de aparcamiento remitiendo a los Sres. Decanos de ambos colegios escrito del siguiente tenor: “Ilmo. Sr.: Puesto en conocimiento de la Consellería de Xustiza la insuficiencia del número de plazas de aparcamiento de que se dispone en los sótanos de este edificio de juzgados para atender las necesidades del personal que presta servicio en los mismos, se ha acordado dejar sin efecto la autorización con que hasta a hora contaban los abogados y procuradores de Vigo para la utilización de las mencionadas plazas. Para paliar en alguna medida los efectos de este acuerdo, impuesto por razones de seguridad y por la próxima entrada en funcionamiento del edificio anexo, se ha hecho reserva de los plazas permanentes –debidamente señalizadas en la planta primera de sótano, para los Sres. Decanos de los colegios de abogados y procuradores. Al mismo tiempo se ha interesado del Ayuntamiento de Vigo la señalización, en la plaza existente entre el edificio de juzgados, y el de hacienda, de cuatro plazas para abogados y dos para procuradores en servicio de guardia. Al tiempo que le comunico cuanto antecede ruego haga saber a los miembros de ese colegio que a partir del próximo día 15 de septiembre en que se reintegran los funcionarios que han utilizado el segundo turno de vacaciones de verano, deberán abstenerse de acceder al garaje del edificio”.- 5º.- Con fecha 11 de octubre de 1999, los decanos de ambos colegios profesionales entregaron al demandante don J.P.V. carta de despido siguiente: “Muy Sr. nuestro: Por la presente le notifico la decisión de esta empresas de proceder a la EXTINCIÓN DE SU CONTRATO DE TRABAJO POR CAUSAS OBJETIVAS –con fecha de efectos la de esta notificación-, sustentada esta extinción en el supuesto

legalmente contemplado en el art. 52.c) del Estatuto de los Trabajadores, y estando motivada concretamente en la SUPRESIÓN DE SU PUESTO DE TRABAJO Y NECESIDAD DE EXTINCIÓN E LA RELACIÓN LABORAL VIGENTE, según a continuación se le explica. Como Vd. ya le consta, fue contratado en su día para realizar las funciones de VIGILANCIA en los sótanos del edificio de los juzgados, sitios en la calle... de esta ciudad, contratación realizada conjuntamente por este colegio de abogados y por el colegio de procuradores de los tribunales, dado que desde la fecha de inauguración e inicio de actividad en el citado edificio, la administración de justicia otorgó expresamente a los profesionales integrantes de estos dos colegios profesionales, la autorización para hacer uso de los sótanos del edificio para aparcamiento de sus vehículos, con ocasión de sus diarias asistencias a las instalaciones judiciales, De modo que desde su contratación su trabajo ha consistido en las labores de organización y vigilancia de los dos sótanos destinados a aparcamiento, y tareas complementarias, al servicio de todos los usuarios, aunque retribuido únicamente por los dos colegios profesionales. Ocurre que desde el mes de junio, una parte de los funcionarios que trabajan en el edificio viene ejerciendo medidas de presión física tendentes a impedir el uso de los estacionamientos subterráneos a los abogados y procuradores. En el momento actual, puede asegurarse que los garajes están cerrados para los profesionales liberales y que el colectivo de trabajadores está perfectamente decidido a impedirle el acceso definitivamente. Esta situación ha tenido su desenlace en un requerimiento escrito recibido en las juntas de gobierno del colegio de abogados y del colegio de procuradores, en virtud del cual por parte del decanato de la junta de jueces se nos ha requerido para cesar en el uso e los sótanos del edificio de los juzgados a partir del día 5 de septiembre pasado. Recibida esta comunicación, y dado que todas las gestiones realizadas por las juntas de gobierno de ambos colegios no han obtenido fruto alguno para modificar tal decisión, es por lo que finalmente no vemos otra salida que la de comunicarle esta EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO, por cuanto, en lo que se refiere a LOS COLEGIOS DE ABOGADOS Y PROCURADORES, desaparecen por CAUSAS TOTALMENTE AJENAS A NUESTRA VOLUNTAD Y QUE NO PODEMOS EVITAR, los servicios para los que fue Ud. contratado, concurriendo los requisitos para aplicar la CAUSA DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DEL ART. 52.c) del ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES, en relación con el art. 51 del mismo texto legal. En consecuencia, con fecha de efectos de esta comunicación, queda extinguido

su contrato de trabajo y dado el procedimiento legalmente establecido al efecto, le corresponde a Ud. El percibo de la indemnización legalmente procedente, por la causa de extinción invocada – veinte días de salario por año de servicio, calculado a la fecha de extinción, con el tope de una anualidad-, cuyo pago se le ofrece en este acto, por medio de cheque, por un importe de 640.000 pesetas; así como otro cheque por un importe de 54.507 ptas. netas en concepto de mensualidad de preaviso incumplido. Con independencia de dicha suma, también tiene Ud. derecho al percibido de la liquidación de pagas extras y vacaciones, cuyo pago también se le ofrece en este acto. Lo que así le notificamos, sin perjuicio de su derecho a impugnar esta decisión extintiva, para el caso de que considere que no concurren las causas invocadas al efecto, o para el supuesto de que estime que su puesto de trabajo no se extingue, por permanecer en uso de los sótanos del edificio con el mismo destino de aparcamiento, pero limitado ahora a los jueces, fiscales, secretarios y demás funcionarios que prestan sus servicios en dicho edificio, pudiendo concurrir las circunstancias legalmente contempladas para operar una sucesión empresarial, y quedar subrogada en su relación laboral la propia “XUNTA DE GALICIA – CONSELLERÍA DE XUSTIZA, INTERIOR E RELACIÓNS LABORAIS”, cuestión que ya no es facultad de este colegio profesional su determinación, y para cuyo reconocimiento tiene Ud. A su alcance las oportunas acciones legales si no acepta la extinción. Sin otro particular, y agradeciéndole los servicios prestados hasta la fecha de esta comunicación, le rogamos firme una copia de la misma a los efectos de que nos quede constancia de su notificación.- 6º.- En la actualidad, la vigilancia en el sótano del edificio donde está el aparcamiento lo realiza una funcionaria o empleada del edificio que hace esa labora compaginándola con otras.- 7º.- Se interpuso reclamación previa ante la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais que fue desestimada por resolución de 2 de noviembre de 1999. Así mismo se intentó conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje e Conciliación que resultó sin avenencia”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por don J.F.P.V., contra EL COLEGIO DE ABOGADOS DE VIGO, EL COLEGIO DE PROCURADORES DE VIGO Y XUNTA DE GALICIA-CONSELLERÍA DE XUSTIZA, INTERIOR E RELACIÓNS LABORAIS, debo declarar y declaro improcedente el despido realizado al trabajador, y en su consecuencia condeno solidariamente a los demandados a que lo readmitan en las mismas condiciones que existían antes del despido o, a su elección le

indemnicen o abonen las siguientes cantidades: a) En todo caso, una indemnización, cifrada en cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades, que se concreta en la cuantía de DOS MILLONES QUINIENTAS TREINTA Y OCHO MIL CUATROCIENTAS NUEVE PESETAS (2.538.409.-). b) Una cantidad iguala la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que se notifique esta sentencia o hasta que haya encontrado otro empleo si tal colocación es anterior a dicha sentencia y se pruebe por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación. A estos efectos, el salario regulador será de 4.582 Pts. diarias. La opción deberá ejercitarse mediante escrito o comparecencia ante la Secretaria de este Juzgado de lo Social, dentro del plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia, sin esperar a su firmeza. En el supuesto de no optar el empresario pro la readmisión o indemnización, se entiende que procede la primera”.

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 estimó la demanda por despido interpuesto por el actor contra los colegios de abogados y procuradores de Vigo y la Xunta de Galicia-Consellería de Xustiza Interior e Relacións Laborais, declarando improcedente el despido realizado al trabajador y condenando solidariamente a los demandados a que lo readmitan en las mismas condiciones que existían en el momento del despido, o a que a su elección le abonen una indemnización de 45 días de salario por año de servicio y los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia. Y contra la indicada sentencia se interpone recurso de suplicación por la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais-Xunta de Galicia con amparo procesal en los apartados a) y c) del art. 191 de la L.P.L. y en el primer motivo al amparo del apartado a) del citado precepto se solicita que acoja la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario y que declare la nulidad de actuaciones producidas desde la admisión a trámite de la demanda al objeto de que se posibilite al demandante configurar correctamente la relación procesal, alegando infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, combinando el principio de contradicción con el de extensión de la cosa juzgada a tercero

contenida en el art. 1.252 del Código Civil en relación con el art. 81.1 de la L.P.L. y 24 de la Constitución Española indicando sintéticamente que dado que en el hecho declarado probado nº 2º consta que el origen de la relación laboral iniciada el 18.06.87 se debió a un acuerdo o pacto entre el magistrado-juez decano de entonces y los colegios profesionales demandados, que fue autorizado por el Ministerio de Justicia; y al apreciarse por el magistrado de instancia la existencia de una cesión ilegal del trabajador en base a la citada autorización la responsabilidad debe recaer en todo caso en la administración que intervino en la misma, el Ministerio de Justicia (Administración del Estado), que debió ser traído a proceso. Los motivos del recurso no están correctamente formulados, por cuanto que alegándose este motivo por la vía del apartado a) del art. 191 (infracción procesal) su alegación tendría que haber ido precedida de la correspondiente denuncia en el momento procesal oportuno. Y si bien la representación del Colegio de Abogados, impugnante del recurso, estima que no es ésta apartado a) del art. 191 de la L.P.L. la vía adecuada para tal denuncia, por cuanto que aún en el supuesto de que la excepción debiera ser acogida su falta de asunción por el juzgador de instancia, no constituye una infracción esencial en las normas de procedimiento en el sentido del art. 191.a) de la L.P.L., sino en su caso un aspecto de la litis susceptible de ser examinado por la vía del apartado c) del mismo artículo. Lo cierto es que el criterio mayoritario es el de que al entrañar la falta de litisconsorcio pasivo necesario un vicio procesal la vía adecuada sería la del apartado a) del art. 191 de la L.P.L. Y además de que aún cuando no estuviese correctamente amparado en el motivo del recurso, lo cierto es que superadas esas deficiencias ha de concluirse que lo que en definitiva sostiene la Xunta de Galicia, es que debió de haberse demandado al Ministerio de Justicia y al no haberlo hecho así debió de acogerse por el juzgador de instancia la excepción de litisconsorcio pasivo necesario; y no puede acogerse la excepción denunciada por cuanto que la demanda se dirigió también contra la Xunta de Galicia que es quien ha asumido buena parte de las competencias del Ministerio de Justicia de la Administración Central, por cuanto que el Real Decreto 2166/94 de 4 de noviembre, estableció el traspaso de funciones a la Consellería de Xustiza, así como los correspondientes servicios e instituciones, y medios personales y materiales y presupuestarios precisos para el ejercicio de aquéllos, quedando traspasadas las funciones incluidas en el Anexo de aquél Real Decreto, que en su nº 1 establece que: “se traspasan a la Comunidad Autónoma de Galicia las funciones y servicios que dentro del territorio de la Comunidad Autónoma desempeña la Administración Central para la provisión de los

medios materiales y económicos necesarios para el funcionamiento de la Administración de Justicia”, y en el nº 2 del citado anexo establece las exclusiones que no son transferibles y que permanecen en la Administración del Estado, y ninguna de ellas se refiere a la provisión de los medios materiales y económicos para el personal que presta servicio en la citada consellería, estableciendo en nº 3 del citado anexo que se transfieren los bienes, derechos y obligaciones afectos al ejercicio de las funciones que asuma la comunidad autónoma; y por tanto este traspaso supone una subrogación legal del servicio transferido en todas las funciones, derechos y obligaciones que con anterioridad realizaba la Administración Central; y siendo por tanto la Administración Autonómica, sucesora de la Administración Central en aquellas materias (como acontece en el caso de autos) en las que ha asumido competencias anteriormente atribuidas a ésta, y siendo ello así la Administración Central (Ministerio de Justicia) no podría ser condenada por lo que la estimación de la excepción llevaría al absurdo, porque a juicio no puede ser llamado nadie que no pueda ser condenado y dado que no procede la interposición de la demanda contra el ministerio por las razones antedichas, no cabe acoger la excepción de litisconsorcio pasivo necesario y por ello no concurre la infracción denunciada en el primer motivo del recurso.

SEGUNDO.- Que como segundo motivo de recurso y con amparo en lo establecido en el art. 191.c) de la L.P.L. la censura jurídica comprende la infracción por aplicación indebida del art. 533.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el art. 43 del Estatuto de los Trabajadores; que el art. 533.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil define la excepción de falta de personalidad en el demandado, por no tener el carácter o representación con que se le demanda, y además de que dicho precepto de carácter fundamentalmente procesal y no sustantivo y por ello de difícil encaje en un motivo de recurso por la vía del apartado c) del art. 191 de la L.P.L., en definitiva y dado que alega la falta de personalidad jurídica de la Xunta de Galicia para ser demandada en este proceso ello está íntimamente relacionado con el motivo anteriormente alegado de falta de litisconsorcio pasivo necesario por no demandar al Ministerio de Justicia; y aún cuando entendiéndose la Administración Autonómica que no le han sido transferidas algunas obligaciones concretas (como es el caso de autos), y que deberían continuar al cargo de la Administración Central (que tampoco alega expresamente), ello no autorizaría a alegar la excepción de falta de personalidad en la demandada por cuanto que dicha excepción alude a las circunstancias personales del demandado en relación con la acción ejercitada (falta de personalidad, legitimación, defecto de poder de

representación legal y de gestión) y la jurisprudencia ha señalado que no cabe extender el ámbito de dicha excepción dilatoria a problemas jurídicos que surjan del hecho de no haber sido llamados al pleito todos los interesados, pues es cuestión ésta que no afecta a la personalidad; que la falta de personalidad en el demandado consiste en que éste no tenga el carácter o representación con que se le demanda, circunstancia ésta normalmente procesal que no puede confundirse con la falta de derecho o acción que por dar vida a excepciones perentorias constituye el fondo del asunto. Con respecto a la infracción por aplicación indebida del art. 43 del Estatuto de los Trabajadores es de destacar que ciertamente la figura de la cesión ilegal de trabajadores no se haya condicionada a que la empleadora teórica sea una empresa aparente, sin entidad propia y carente de toda organización; pues la moderna jurisprudencia al interpretar el art. 43 del Estatuto de los Trabajadores se ha encargado de precisar que tal cesión de mano de obra es perfectamente posible entre empresas reales y con un gran volumen de plantilla bastando para ello, con que cualquiera de ellas envíe a un trabajador a prestar servicios en otra en donde éste está sometido al ámbito rector de la cesionaria; y así el Tribunal Supremo en sentencia de 21.03.97 (RJ 1997-2.612) dictada en casación para unificación de doctrina ha señalado que: “bajo el concepto común de cesión se regula en realidad fenómenos distintos, y entre ellos deben distinguirse entre cesiones temporales de personal entre empresas reales que no tienen la finalidad de crear una falsa apariencia empresarial para eludir las obligaciones y responsabilidades de la legislación laboral, y las cesiones con una función interpositoria donde el cedente es un empresario ficticio y la cesión persigue un objeto fraudulento. En el caso de autos ha de partirse de las declaraciones contenidas en la relación de hechos probados para examinar si concurre alguno de estos supuestos. “1º.- Don J.F.P.V., con D.N.I. número..., domiciliado en Vigo..., ha venido prestando servicios, por cuenta de los Iltes. Colegios de Abogados y Procuradores de Vigo, en el edificio de los Juzgados de la C/..., como vigilante del aparcamiento, aparcando y desaparcando vehículos, desde el 19 de junio de 1987, y un salario de 79.332 pesetas con prorrata por cuenta del Colegio de Abogados y 58.127 pesetas mes con prorrata por cuenta del Colegio de Procuradores, siendo el salario global de 137.459 pesetas mes, incluida parte proporcional de pagas extras. La jornada contratada es de 22,50 horas para el Colegio de Abogados y de 16,50 horas para el de procuradores, de lunes a sábado de 8,30 horas a 15 horas. Las funciones que realizaba el demandante, además de la vigilancia, era la de aparcamiento de los vehículos tanto de los abogados y procuradores, como, y principal y

fundamentalmente, los de los funcionarios de la Administración de Justicia empleados en los juzgados del edificio o Palacio de Justicia de la C/... en Vigo.- 2º.- El origen de semejante relación laboral, se debió a que cuando se construyó el citado edificio, y entrar en funcionamiento, dependiente del Ministerio de Justicia, en el que existe un sótano para parking o establecimiento de los vehículos, principalmente de los magistrados, secretarios fiscales y funcionarios de la Administración de Justicia, se percibe un problema de seguridad, al tener que estar dicho lugar abierto. Se realizan entonces conversaciones con el magistrado-juez de entonces, por los colegios profesionales demandados, para que pudiesen aparcarse en dicho local los coches de los abogados y procuradores, dado que el edificio se encuentra un tanto alejado, e incluso para facilitar la labor de los abogados del turno de oficio, asistencias y demás diligencias; como el ministerio, a pesar de lo solicitado y alegado por el Ilmo Sr. Decano de los jueces, no podía hacerse cargo, por carecer de presupuesto para ello, se acordó que los colegios contratasen a una personal que realizara las funciones de vigilancia y control de los vehículos en dicho aparcamiento, y que al mismo tiempo y para duplicar el espacio y posibilidad de aparcarse mayor número de coches, realizase las funciones de estacionar o mover los automóviles. Hubo dos candidatos y el decano, eligió al hoy demandante. Tal uso del lugar, así como el acuerdo o pacto, fue autorizado por el Ministerio de Justicia.- 3º.- En el referido lugar hay una cabina para el trabajador, que abría el aparcamiento por la mañana a las 8,30 horas y lo cerraba a las 15 horas. Las órdenes e instrucciones las recibía del Ilmo. Sr. Decano, don J.S. inicialmente y ahora don A.R., por ellos mismos o a través de otra persona, como la jefa de mantenimiento. Ni la junta de gobierno de los colegios de abogados y procuradores, ni sus miembros, decanos o secretarios, dieron órdenes al trabajador en ningún momento” de dichas declaraciones ha de deducirse en primer lugar que no nos hallamos ante el supuesto en que una empresa ficticia o aparente contrate trabajadores para que presten servicios en una empresa real con un objetivo fraudulento y un propósito interpositorio, sino en su caso de relaciones entre empresas reales, que tendrían como finalidad que aquélla que recibe la prestación de servicios pudiese eludir las obligaciones y responsabilidad que impone la relación laboral; por cuanto que si bien la cesión puede tener lugar incluso tratándose de empresas reales, si el trabajador de una trabaja permanentemente para la otra y bajo las órdenes de ésta; pero lo cierto es que dicha cesión no concurre cuando aparecen un cúmulo de circunstancias fácticas que hacen evidente que la codemandada que aparece en la contratación



como verdadera empresa es la que realmente percibe la prestación de servicios. Que en caso de autos el actor fue contratado por una empresa real que le ha venido abonando sus salarios y dado de alta en el Régimen General de la Seguridad Social, pues no es cierto que sea la Consellería de Xustiza Interior y Relaciones Laborales quien recibe la prestación de servicios del trabajador (pues dicha prestación de servicios se efectúa para los colegiados de los colegios de abogados y procuradores), si bien y en virtud de pacto se cedió por el Ministerio de Justicia-Ilmo. Sr. Decano de Vigo, el uso del local destinado a garaje a dichos colegiados de los Colegios de Abogados y Procuradores de Vigo, y a cambio la prestación de servicios del actor se efectuaba también para vigilar y aparcas los vehículos de los jueces, fiscales, secretarios y funcionarios de la Administración de Justicia, que prestaban sus funciones en las instalaciones del edificio de los juzgados sitos en la calle... en Vigo, y el actor estaba incluido en el ámbito de dirección de los citados colegios (aún cuando por razones de ubicación del centro de prestación de servicios el Decano de Vigo le diese órdenes al actor en algunas materias sin que conste que el citado Decano ejerciese sobre el actor facultades disciplinarias) adquiriendo los respectivos colegios profesionales los resultados del trabajo realizado, pagando la retribución, controlando al trabajador y manteniéndole en la Seguridad Social, etc.; y ello por mas que en razón a un pacto o acuerdo entre los colegios profesionales de abogados y procuradores y el Ilmo. Sr. Decano de los jueces (pacto autorizado por el Ministerio de Justicia) se cediese el uso del local del sótano destinado a parking del edificio donde están ubicadas las instalaciones judiciales y destinado en principio solo a estacionamiento de los funcionarios de la Administración de Justicia se permitiese también el estacionamiento de los vehículos de los respectivos colegiados que acudiesen a las instalaciones judiciales para facilitar, al estar el edificio alejado del centro, la labor de abogados del turno de oficio, asistencias, diligencias, etc., y ello a cambio de que los colegios contratasen a una persona (el actor) que realizaba las funciones de vigilancia y control de los vehículos del citado aparcamiento, y para duplicar el espacio y posibilitar el aparcamiento del mayor número de vehículos, realizase las funciones de aparcas y mover los vehículos, pues se estima que ello no comporta tráfico de mano de obra. Pues como expresa la sentencia del Tribunal Constitucional de 05.03.87 refiriéndose a la prohibición que establece el art. 43 del Estatuto, es necesario conjugar las circunstancias fácticas que se manifiesten en cada caso; el préstamo o cesión de mano de obra no se identifica necesariamente con la existencia o no de centros de trabajo, maquinaria, organización,

la distribución directa de órdenes por la cesionaria, la definición o indefinición de la obra que se va a realizar, sino que había que valorar todos esos datos a fin de concluir a cerca de la aplicación del art. infringido y por ello reconocer o no el derecho del trabajador a optar entre una u otra empresa. En el supuesto de autos ha de valorarse la antigüedad del trabajador en la empresa cedente, la contratación regular del actor, la existencia de estructura organizada de la cedente, la prestación de servicios del actor para la empresa cedente que percibía los frutos del trabajo del actor, en definitiva, que la que se llama cedente asume el riesgo empresarial, no concurre tampoco este elemento que es otro de los característicos de la cesión. Que en el concreto supuesto enjuiciado los hechos declarados probados no nos sitúan ante una cesión ilegal, ni en su más típica situación de empresa ficticia de negocio interpositario con el que se crea una apariencia de relación laboral y con el que se pretende ocultar el vínculo con el empleador real, ni en su versión de dos empresas reales siempre que el trabajador preste servicios exclusivos y permanentes para empresa diversa a aquella en cuya plantilla está integrado y cuando reciba órdenes de tal empresa. Con lo que efectivamente concurre la infracción denunciada al aplicarse en la sentencia de instancia indebidamente el art. 43 del Estatuto de los Trabajadores, y no teniendo la codemandada recurrente Xunta de Galicia –Consellería de Xutiza, Interior e Relacións Laborais, la condición de empresa cesionaria, procede su absolución revocando en este particular la sentencia de instancia. En consecuencia

### Fallamos

Que estimando parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais-Xunta de Galicia contra la sentencia de fecha veintidós de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, dictada por el Juzgado de lo Social número 5 de Vigo, en proceso promovido por don J.F.P.V. frente a Colegio de Abogados de Vigo, Colegio de Procuradores de Vigo, y la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais - Xunta de Galicia, con revocación parcial de la misma y desestimando parcialmente la demanda declaramos que procede absolver a la Consellería demandada de los pedimentos contenidos en la demanda, confirmando en los restantes pronunciamientos la sentencia de instancia.

## 2955 RECURSO Nº 1.206/00

S. S.

CONTRATO FRAUDULENTO DE OBRA OU SERVICIO, A SÚA EXTINCIÓN DETERMINA A EXISTENCIA DUN DESPEDIMENTO FRAUDULENTO.

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

A Coruña, a diez de mayo 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. 1.206/00 interpuesto por don R.D.C., contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de los de Vigo.

### Antecedentes De Hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don R.D.C. en reclamación de despido siendo demandado la empresa “C.C.V., S.L.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 694/99 sentencia con fecha veintinueve de enero de dos mil 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 R.D.C., mayor de edad y con D.N.I. núm..., vino prestando servicios para la empresa “C.C.V., S.L.”, dedicada a la actividad de mensajería, con la categoría profesional de conductor./ SEGUNDO.- El actor inició su relación laboral con la empresa demandada en fecha 1 de junio de 1998 mediante contrato temporal que, a la hora de marcar su clase al inicio del contrato se señaló el eventual por circunstancias de la producción y en el cuerpo del contrato la realización de obra o servicio determinados, y en la copia básica entregada en el Instituto Nacional de Empleo en fecha 25 de mayo se hacía constar que el objeto del contrato era servicio determinado y en la cláusula sexta se disponía que la duración del contrato sería de 12 meses del 1 de junio de 1998 al 1 de junio de 1999 y en la séptima que su objeto era el reparto de las mercancías enviadas por todas las delegaciones del Grupo DUN, siendo dado de baja alta en la Seguridad Social el día 1 de junio

de 1998 y de baja en fecha 8 de junio de 1999 con efectos del 1 de junio de 1999. No constando acreditado que el actor haya prestado servicios del 1 al 9 de junio y este último día las partes suscribieron nuevo contrato temporal eventual por circunstancias de la producción con 6 meses de duración del 9 de junio al 8 de diciembre de 1999, siendo dado de alta en la Seguridad Social el 9 de junio. Ambos contratos fijaban una jornada semanal de 30 horas de lunes a viernes pero el actor vino realizando de hecho jornada completa./ TERCERO.- La empresa venía abonando al actor una retribución mensual de 120.000 pesetas. El convenio colectivo fija para la categoría de conductor un salario mensual de 90.000 pesetas con 2 pagas extras de igual cuantía./ CUARTO.- Por medio de telegrama de fecha 25 de noviembre de 1999 recibido por el actor el mismo día, la empresa le comunicó que el día 8 de diciembre finalizaba el contrato de trabajo que tenía suscrito con la empresa, cese que el actor considera un despido por considerar que los contratos que firmó eran fraudulentos, y contra el que reclama./ QUINTO.- El actor estuvo de baja por accidente no laboral del 16 de julio al 3 de noviembre. El 14 de septiembre la empresa le impuso una sanción de 3 meses de suspensión de empleo y sueldo./ SEXTO.- Presentada papeleta de conciliación ante el SMAC el día 1 de diciembre, la misma tuvo lugar en fecha 13 con el resultado de sin efecto./ SÉPTIMO.- No consta que el demandante sea ni haya sido 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 que por despido ha sido interpuesta por don R.D.C. contra la empresa “C.C.V., 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.- Frente a la sentencia de instancia desestimatoria de la demanda de despido, se alza en suplicación la parte actora, formulando dos motivos de recurso, amparados en los apartados b) y c) de la L.P.L., el primero destinado a la revisión fáctica, y el segundo a la revisión jurídica.

SEGUNDO.- Que con amparo procesal en el apartado b) de la L.P.L., pretende el actor la revisión de los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales practicadas, alegando error en la valoración de la prueba,

alegando sustancialmente y equivocadamente por esta vía de hecho, por un lado, que el objeto del contrato carece de autonomía o sustantividad propia, tratándose de la actividad normal de la empresa; que hubo prestación de servicios entre uno y otro contrato; que el primer contrato tuvo una duración de 12 meses y el segundo de 6 meses –infringiendo lo previsto en el art. 23 del Convenio Colectivo. Pretendiendo asimismo, y equivocadamente por la vía de hecho, revisar el fundamento de derecho primero de la sentencia, en lo relativo al salario del trabajador. Y obviamente ninguna de las revisiones, son susceptibles de ser acogidas, pues para que pueda prosperar cualquier modificación o alteración del relato fáctico constatado como acreditado por el juez “a quo”, aquélla ha de figurar con propuesta de texto alternativo o nueva redacción que al hecho probado tildado de erróneo pudiera corresponderle y basada en documento auténtico o prueba pericial que, debidamente identificada y obrante en autos, patentice, de manera clara, directa y evidente, de forma contundente e incuestionable, sin necesidad de acudir a hipótesis, conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales o razonables, el error en que hubiera podido incurrir aquel juzgador cuya facultad de apreciación conjunta y según las reglas de la sana crítica, que le otorgan los artículos 97.1 de la Ley de Procedimiento Laboral y artículos 632 y 659 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no puede verse afectado por valoraciones o conclusiones distintas de las partes interesadas. Pues bien, resulta patente, que las pretensiones interesadas no encuentran cabida en los parámetros de la revisión fáctica en sede de suplicación, pues, por un lado, no hay propuesta de texto alternativo, ni se cita documento concreto obrante en autos que patentice el error del juzgador en la valoración de la prueba, se mezclan hechos y derecho, pretendiendo incluso, y por la vía de hecho, la revisión de un fundamento de derecho de la sentencia; por otro lado se estima que el relato fáctico de la resolución impugnada, contiene todos los datos precisos para emitir la resolución. Por lo que se estima que, en modo alguno puedan prosperar las revisiones pretendidas.

TERCERO.- Como censuras jurídicas correctamente invocadas al amparo del art. 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral, se denuncia infracción de normas sustantivas, concretamente infracción de los arts. 15.3 del E.T. sosteniendo el recurrente, sustancialmente, que, en el presente caso, la utilización de la modalidad contractual de obra o servicio determinado en el primer contrato persigue un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico-laboral, ya que dicha modalidad contractual debe utilizarse para la realización de una obra o servicio determinado con autonomía o sustantividad propia, dentro de

la actividad de la empresa y cuya duración, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta. Que este segundo contrato está celebrado en fraude de ley, buscando un resultado contrario al art. 15 del E.T. y el segundo contrato de acumulación de tareas, carece de razón de ser, pues no se ha acreditado la acumulación de tareas, basado en la actividad normal de la empresa, y por tanto, también celebrado en fraude de ley. Que los criterios emanados de la doctrina jurisprudencial han venido indicando reiteradamente que rige en nuestro ordenamiento jurídico, el principio general de duración indefinida del contrato de trabajo, frente al cual la contratación temporal aparece como una posibilidad, que tan solo puede ser utilizada por el empleador cuando concurren las causas y circunstancias que legitiman la modalidad de contratación temporal utilizada, respetando los requisitos que la regulan y fundamentalmente la causalidad que justifica el tipo contractual, por ser característica de esta forma de contratación su condicionamiento a la existencia de una concreta y específica causa en la actividad empresarial que le habilite para hacer uso de aquella fórmula de contratación temporal que la contempla. Lo esencial en todo caso, es que el empleador haya respetado los requisitos que rigen para todas las modalidades de contratos temporales, pues en caso contrario, de haberse infringido preceptos de carácter sustantivo, no meramente formales habrá de considerarse formalizada en fraude de ley la relación laboral con la consecuencia prevista en el art. 15.3 del E.T., esto es, la conversión del contrato de trabajo en indefinido. Siguiendo este criterio, el art. 15 del E.T. establece los concretos supuestos en que pueden celebrarse contratos de duración determinada, entre los que menciona la realización de obra o servicio determinado, esta modalidad contractual, es desarrollada en la actualidad por el Real Decreto 2.546/94 de 29 de diciembre, que reproduce el régimen jurídico del anterior Real Decreto 2.104/84, en cuyo artículo segundo se dice: “este contrato tiene por objeto la realización de una obra o servicio determinado, con autonomía y sustantividad propias dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución aunque limitada en el tiempo es en principio de duración incierta y por esta razón, el párrafo segundo del mismo precepto, exige que en los contratos se especifique con precisión y claridad el carácter de la contratación, y se identifique suficientemente la obra o servicio que constituye su objeto, exigencia que tiende al perfecto control de la contratación temporal, sirviendo al tiempo para determinar hasta que punto las actividades realmente desempeñadas gozan de autonomía y sustantividad propias en relación con la habitual de la empresa, y han coincidido con el motivo de la contratación expresada, al ser éstos los datos que permiten determinar la causa de la

contratación, y el momento de la extinción del contrato. Que el contrato para obra o servicio determinado se caracteriza esencialmente porque la actividad a realizar por la empresa consiste en la ejecución de una determinada actuación que necesariamente tiene una duración limitada en el tiempo y responde a necesidades autónomas y no permanentes de la producción por lo que no cabe el recurso a esta modalidad contractual para ejecutar tareas de carácter permanente y duración indefinida en el tiempo que han de mantenerse y perdurar por no responder a circunstancias excepcionales que pudieran conllevar su limitada duración, sino que formen parte del proceso productivo ordinario. Unicamente puede acudir a esta modalidad contractual cuando la obra o servicio tenga autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa, pero no cuando se trata de la realización habitual y ordinaria de las tareas que constituyen la actividad empresarial. Y esto último es precisamente lo que sucede en el supuesto de autos. Puesto que siendo el objeto del contrato para obra o servicio determinado, el reparto de las mercancías por todas las delegaciones del Grupo DUN y siendo la actividad de la empresa la de mensajería, es claro, que el reparto de una delegación o sucursal de una empresa matriz como es el Grupo DUN, es la distribución de las mercancías enviadas por todas las delegaciones del grupo a su destino, y dicha actividad constituye la habitual y normal que realiza la empresa, aún cuando no sea la única, como afirma la empresa recurrida en la impugnación del recurso. Y por lo tanto tratándose de la actividad normal y permanente de la empresa, el contrato para obra o servicio determinando suscrito entre las partes de un año de duración, carece de autonomía o sustantividad propia lo cual conduce a la aplicación del art. 15.3 del E.T. que debe ser declarado fraudulento. Pues tratándose de la actividad normal y habitual y permanente de la empresa, aún cuando no fuese la única tendría que haber acudido la empresa a otra modalidad de contratación diferente, por ej. Acumulación de tareas de acreditar que existía en esa actividad y en cuyo supuesto de acuerdo con lo previsto en el Convenio Colectivo la duración no podría exceder de 13 meses. Y en el caso de autos, entre los dos contratos, la duración excede de dicho plazo (o sea 18 meses en total, entre ambos contratos); por tanto, y aún en el supuesto de considerar el primer contrato, como de acumulación de tareas, lo que no se estima por la sala, también, por esta vía incurriría la empresa en fraude de ley en la contratación por las razones antedichas. Por todo lo expuesto y estimando la sala, que lo razonado supone que la contratación del demandante carecía de causa que justificase la temporalidad, y ello supone, por aplicación del art. 15.3 del E.T. que debe ser declarada

fraudulenta, la relación laboral indefinida y antigüedad, por tanto, la del primer contrato y su extinción unilateral constitutiva de despido improcedente, con las consecuencias legales a ello inherentes. En consecuencia,

#### **Fallamos**

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por don R.D.C. contra la sentencia de fecha veintinueve de enero de dos mil, dictada por el Juzgado de lo Social número uno de Vigo, en proceso promovido por el recurrente frente a la empresa “C.C.V., S.L.”, con revocación de la misma debemos declarar y declaramos que la relación laboral que unía a las partes es indefinida, al devenir fraudulenta la contratación, y su extinción unilateral, constitutiva de despido improcedente y en consecuencia condenamos a la empresa demandada a que en el plazo de 5 días a contar desde la notificación de la presente resolución opte entre readmitir al actor en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, o abonarle en concepto de indemnización, la cantidad de 268.000.- pts y en ambos casos con el abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente resolución, a razón de 4.000.- ptas. diarias, y en las condiciones establecidas en el art. 56.1.b) del ET. condenando a la empresa a estar y pasar por esta declaración.

### **2956 RECURSO Nº 1.408/00**

S. S.

**IMPUGNACIÓN DE SANCIÓN IMPOSTA A SOCIO-TRABALLADOR DE COOPERATIVA.**

Ponente: Ilmo. Sr. Don Ricardo Ron Curiel

A Coruña, a doce de mayo 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. 1.408/00 interpuesto por don J.M.M.G., contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de los de Vigo.

#### **Antecedentes De Hecho**



PRIMERO.- Que según consta en autos nº 807/99 se presentó demanda por don J.M.M.G. en reclamación de sanción siendo demandado la empresa “F., S.C.L.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 13 de enero de 2000 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 viene prestando sus servicios por cuenta de la empresa “F., S.C.L.”, con domicilio social en..., de la que es socio, desarrollando las funciones propias de la categoría profesional de conductor – oficial 1ª con una antigüedad que data del 1º de febrero de 1976.- SEGUNDO.- En fecha 29 de octubre de 1999, la citada cooperativa notificó al actor carta fechada el día anterior en la que se exponía que “el día 24.09.99, debido a haberle quedado incompleta la ruta de ventas y reparto que tiene asignada, faltándole por realizar visitas y entregas de mercancía, se le ordenó por su inmediato superior don C.G. que la terminase el sábado día 25.09.99, dada la necesidad de cumplimentar el servicio y los pedidos pendientes, ya que el no hacerlo ocasionaría a la cooperativa notorio perjuicio en pérdida de clientes, ventas y mercancía perecedora. A la citada orden se negó Vd. alegando tener una ocupación que no definió. Estos hechos suponen una manifiesta indisciplina y desobediencia en el trabajo, con una actitud de rebeldía abierta y enfrentada contra las órdenes de sus superiores, y es un acto de incumplimiento consciente y querido de sus obligaciones laborales, siendo su calificación de falta muy grave de acuerdo con la legislación vigente, en especial el art. 54.2.b) del R.D. Ley 1/1995, de 24 de marzo, así como el art. 49 de nuestro convenio colectivo. Esta dirección en el ejercicio de las funciones que le confiere el art. 58 del E.T. le impone una sanción de sesenta días de suspensión de empleo y sueldo, que se hará efectiva a partir de su reincorporación al trabajo, en fecha que se le notificará, una vez finalice la situación de incapacidad temporal en que actualmente se encuentra”. Así, el 24 de noviembre de 1999, la empresa comunicó al trabajador que, con efectos desde dicha fecha, una vez reincorporado al trabajo tras la situación de I.T., comenzaría a cumplir dicha sanción.- TERCERO.- El actor, que había desarrollado las funciones que le son propias en su jornada ordinaria desde el día 20 al 24 de septiembre de 1999, no completó la ruta que le había sido asignada por la empresa para dicha semana debido, según sus propias manifestaciones, a que esa ruta “no era la suya”, siendo así que, a pesar de que se había producido un cambio de zona en los días anteriores –sin poderse precisar cuanto- al comienzo de dicha semana, el demandante conocía la misma por haberla desempeñado con anterioridad, de modo

que, cuando su inmediato superior Sr. G. le requirió sobre las 19:30 horas del día 24 de septiembre de 1999 al objeto de que la realizara el sábado día 25 de septiembre siguiente, el trabajador se negó a tal fin.- CUARTO.- El demandante presentó recurso contra su sanción, ante la asamblea general y el comité de recursos de la cooperativa demandada, en fecha 3 de diciembre de 1999.- QUINTO.- No consta que el actor hubiera sido sancionado con anterioridad durante la prestación de servicios de dicha empresa.- SEXTO.- El demandante no ostenta la representación legal o sindical de los trabajadores.- SÉPTIMO.- Celebrado acto de conciliación ante el S.M.A.C. de la Xunta de Galicia el 1 de diciembre de 1999, devino sin avenencia.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que estimando como estimo la excepción de falta de agotamiento de la vía previa planteada por la empresa “F., S.C.L.” frente a la demanda que, en su contra, interpuso don J.M.M.G., debo absolver y absuelvo en la instancia a la cooperativa demandada sin entrar a conocer del fondo del 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.- Frente a la sentencia de instancia, que estimando la excepción de falta de agotamiento de la vía previa absolvió en la instancia a la cooperativa demandada, sin entrar a conocer del fondo del asunto, interpone recurso el demandante, construyéndolo a través de un solo motivo de suplicación, en el que, al amparo de la letra c) del art. 191, de la Ley de Procedimiento Laboral, argumenta, sustancialmente, que la empresa alega que el plazo para impugnar la decisión del consejo rector, conforme al art. 108.4 de la Ley 5/1998, de 18 de diciembre, sobre cooperativas, es de quince días desde la notificación, precepto éste y Ley que la recurrente denuncia expresamente por no ser de aplicación, ya que la misma no ha sido aplicada en su totalidad por la demandada, aunque sea de obligado cumplimiento para ella, en aplicación de su art. 2, pero la demandada no se ha adaptado a lo establecido en otros preceptos de la misma Ley, como su art. 3, que ha incumplido, al igual que el art. 14 y siguientes; añadiendo que de la propia documentación aportada por la demandada se hace referencia a la Ley 3/1987, general de cooperativas, y concretamente al folio 14 de los autos; citando la disposición transitoria sexta -obligatoriedad de adaptar los Estatutos, en el

plazo de tres años, a la nueva ley- y la disposición derogatoria; por lo que considera el recurrente que se ha aplicado indebidamente el art. 108.4 de la citada Ley de Cooperativas de Galicia, con respecto al plazo para recurrir administrativamente la decisión sancionadora de la empresa ante el consejo rector, que será de quince días y que el recurrente sostiene que el plazo debiera ser de treinta, como dispone el art. 38.2 de la Ley General de Cooperativas de 1987, y para el caso de que fuera aplicable la Ley de Cooperativas de Galicia, entiende que sería aplicable, igualmente, el plazo de treinta días para recurrir, en aplicación del art. 25.3.c); precepto éste no aplicado por el juzgador, lo que denuncia por su no aplicación y reitera la infracción, por aplicación indebida, del art. 108.4, antes citado; considerando el recurrente, que complementa lo anterior la aplicación de lo dispuesto en el art. 38.2 de la Ley General de Cooperativas de 1987, que establece el plazo de 30 días para recurrir, precepto éste que denuncia, por su no aplicación por el juzgador; estimando el que recurre que tanto por aplicación del art. 25.3.c) de la Ley 5/1998, como en el art. 38.2 de la Ley 3/1987, el plazo sería de treinta días y no de quince como estimó el juzgador, por lo que la vía previa quedó correctamente agotada y dentro del plazo legal de los treinta días, ya que la notificación de la sanción fue el 29 de octubre de 1999 y el recurso fue presentado ante la asamblea general y ante el comité de recursos el 3 de diciembre siguiente, haciéndose el cómputo del tiempo por días hábiles; estimando, en definitiva, el recurrente que, a la vista de las infracciones que denuncia, agotó de forma correcta la vía administrativa previa y procede estimar el recurso, revocando la sentencia dictada por desestimación de la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa previa, debiendo de entrarse a conocer sobre el fondo del asunto. Del incombato relato fáctico de la sentencia recurrida son de destacar, a efectos de resolver el recurso, los siguientes datos: A) El demandante-recurrente, viene prestando servicios por cuenta de la empresa demandada “F., S.C.L.”, con domicilio social en..., de la que es socio, desarrollando las funciones propias de la categoría profesional de conductor-oficial 1ª, con antigüedad del 1 de febrero de 1976. B) El 29 de octubre de 1999, la Cooperativa demandada notificó al actor carta fechada el día anterior, en la que se le imponía una sanción de sesenta días de suspensión de empleo y sueldo, que se haría efectiva a partir de su reincorporación al trabajo, una vez finalizada la situación de incapacidad temporal en que se encontraba el demandante; comunicándole la empresa, el 24 de noviembre siguiente, que con efectos de esta fecha comenzaría a cumplir la sanción. Los hechos que determinaron la imposición de la sanción, por

parte de la empresa, se concretan, debidamente, en el ordinal segundo del relato histórico de la sentencia recurrida, y en el numeral tercero de la misma, se pormenorizan otras circunstancias concurrentes en la imposición de la sanción. C) El demandante presentó recurso contra la sanción, ante la asamblea general y el comité de recursos de la cooperativa demandada, el 3 de diciembre de 1999. D) El 1 de diciembre de 1999 se celebró ante el S.M.A.C. acto de conciliación, con el resultado de sin avenencia. Fijada en los términos expuestos la situación sometida a debate, resta ahora determinar si el recurso que el demandante-recurrente presentó, el día 3 de diciembre de 1999, ante la asamblea general y el comité de recursos de la cooperativa demandada-recurrida, contra la sanción que le había sido notificada el día 29 de octubre del citado año, ha sido interpuesto fuera del plazo legalmente establecido y, por ello, ha existido un defectuoso agotamiento de la vía administrativa, como así lo apreció el juzgador “a quo”, dando acogida a la correspondiente excepción, o si, por el contrario, el mencionado recurso ha sido formulado dentro del plazo fijado, como sostiene el recurrente. Estimando el juzgador de instancia que el referido plazo es de quince días, por aplicación del art. 108, número 4, de la Ley 5/1998, de 18 de diciembre, de cooperativas de Galicia; mientras que el recurrente entiende, por las razones que aduce en el recurso, recogidas en el párrafo primero que antecede, que el plazo de referencia es de treinta días. El dilema habrá de resolverse en favor de la tesis mantenida por el juzgador de instancia, porque la normativa aplicable al supuesto litigioso es la contenida en la citada Ley de Cooperativas de Galicia, de conformidad con lo dispuesto en su art. 2, al tener su domicilio social la cooperativa demandada en la Comunidad Autónoma de Galicia, vigente en el momento en que acaecieron los hechos objeto de enjuiciamiento, ya que la repetida ley ha sido publicada en el Diario Oficial de Galicia de fecha 30 de diciembre de 1998 y entrando en vigor, como preceptúa su disposición final primera, a los dos meses de su publicación en el mencionado Diario Oficial. Por otro lado, si el demandante es socio y trabajador de la cooperativa demandada, está incluido dentro de lo normado en el art. 21.2 de la propia ley, en cuanto dispone que les resultan aplicables a los socios de trabajo las normas establecidas en la ley para los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado, con las particularidades establecidas en el propio artículo; de ahí que en materia de régimen disciplinario deba acudirse a lo normado en el art. 108 de la repetida ley, en cuyo número 4 se fija el plazo de quince días, desde su notificación, para la impugnación del acuerdo del consejo rector ante el comité de recursos o, en su defecto, ante la asamblea general. Y si la

imposición de la sanción ha sido notificada al demandante el día 29 de octubre de 1999, es evidente que en el momento en que presentó los recursos, el día 3 de diciembre siguiente, había transcurrido con exceso el plazo antedicho; sin que sea de aplicación el art. 25.3.c) de la tan citada Ley 5/1998, que fija el plazo de treinta días para recurrir, como sostiene el recurrente, al ser este aplicable a los que ostentan, simplemente la cualidad de socios, no siéndolo, por tanto, al demandante, por su carácter de socio de trabajo, con regulación diversa dentro de la propia normativa.

Segundo.- Por todo lo que queda expuesto procede, previa desestimación del recurso, dictar un pronunciamiento confirmatorio del suplicado. En consecuencia,

#### Fallamos

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por don J.M.M.G., contra la sentencia de fecha trece de enero de dos mil, dictada por el Juzgado de lo Social número dos de Santiago de Compostela, en proceso sobre impugnación de sanción promovido por el recurrente frente a la empresa “F., S.C.L.”, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

### 2957 RECURSO Nº 1.748/00

S. S.

PROCEDENCIA DE SANCIÓN  
DISCIPLINARIA IMPOSTA A  
TRABALLADOR POR TRANSGRESIÓN DA  
BOA FE CONTRACTUAL.

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

A Coruña, a doce de mayo 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. 1.748/00 interpuesto por don R.F.C., don C.R.A. y don M.E.L. en representación de Unión Sindical Obrera (USO), contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. tres de Lugo.

#### Antecedentes De Hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 549/99 se presentó demanda por Unión Sindical Obrera (USO) en reclamación de sanción siendo demandado el Grupo “C.S.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 14 de enero por el juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1º) Los actores, don R.F.C. y don C.R.O. cuyos datos personales constan en autos, prestan sus servicios para la empresa Grupo “C.S., S.A.”, con unas categorías profesionales reconocidas de vigilantes de seguridad, y unos salarios mensuales de 137.988 pts. (C.R.O.), con inclusión de prorrata de pagas extras.- 2º) Los actores están adscritos con carácter exclusivo al servicio de vigilancia y seguridad del Hospital Comarcal de Monforte de Lemos, cuya contrata viene asumiendo la empresa “C.S., S.A.” desde el 19.04.91.- 3º) En fecha 31.07.99 R.F.C., y el 02.08.99, C.R.O., recibieron sendas cartas imputándoles actuaciones contrarias a sus deberes profesionales como trabajadores de la empresa “C.S., S.A.” concediendo a los actores un plazo de 3 días para formular las alegaciones que estimaran oportunas. El contenido de las cartas es el siguiente: Sr. R.F.C.- El día 15 del presente mes de julio a las 23,28 horas, fue efectuada una inspección reglamentaria, al centro de trabajo, en el que presta ud. Sus servicios como vigilante de seguridad, sin arma y en jornada de día, sito en el Hospital Comarcal de Monforte de Lemos.- En tal inspección, efectuada por don J.M.U., acompañado de los inspectores de servicios, don M.A.C. y don J.V.F., se comprobó que usted estaba realizando jornada nocturna y con arma, en el turno de trabajo que correspondía al también vigilante de seguridad, don C.R.O., de acuerdo con las órdenes de servicio legalmente establecidas por esta empresa, correspondiendo a éste la prestación de servicio con arma.- Tal cambio de jornada, es decir, el que usted efectuase, la misma de noche y con arma, así como el cambio efectuado, en ningún momento autorizado por la dirección o mandos intermedios de esta empresa, vulnera gravemente, no sólo la ordenación y determinación de horarios y jornada establecidos por la dirección de la empresa, sino también la utilización de un arma, no asignada a usted por la empresa y por ello sin autorización para su uso, por lo que, en ese acto, fue sustituido por otro vigilante de seguridad.- Los hechos referidos, como se deja dicho, vulneran no sólo las órdenes establecidas al efecto por esta empresa, en razón al principio de dirección que la normativa legal le atribuye sino también las exigencias que sobre control de armas, propiedad de la empresa, y uso bajo su responsabilidad le

impone la ley sobre seguridad privada y su reglamento, además, los hechos aludidos hay que relacionarlos necesariamente con la pretensión, por su parte, de poder justificar circunstancias relacionadas con procedimientos jurisdiccionales anteriores, en relación a categoría, jornada y pluses de peligrosidad por prestación de servicios con arma, todo lo cual constituye una falta muy grave en razón a la desobediencia a órdenes de trabajo, así como la transgresión de la buena fe contractual, de acuerdo con los puntos b) y d) del apartado 2 del artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores.- En razón a lo expuesto, y en cumplimiento de lo que dispone el apartado 2 del artículo 114 de la Ley de Procedimiento laboral, así como el 68.a) del Estatuto de los Trabajadores, se notifica a usted el presente pliego de cargos, como expediente contradictorio contemplado en los referidos preceptos, para que en el plazo de tres días, a partir de la recepción del presente escrito, efectúe las alegaciones que estime oportunas a su interés.- SR. C.R.O.- El día 15 presente mes de julio, a las 23,28 horas, fue efectuada una inspección reglamentaria, al centro de trabajo, en el que presta ud. Sus servicios como vigilante de seguridad con arma, cuando realiza jornada nocturna, sito en el Hospital Comarcal de Monforte de Lemos.- En tal inspección, efectuada por don J.M.U., acompañado de los inspectores de servicios, don M.A.C. y don J.V.F., se comprobó que en el referido día 15, y desde las 22,00 horas de ese día, le correspondía a usted, de acuerdo con las órdenes de servicio, el cubrir tal turno de noche, como vigilante de seguridad armado, sin embargo, tal servicio lo esta realizando el Sr. R.F.C., vigilante éste de seguridad que su jornada de trabajo es siempre diurna y sin arma, de acuerdo con las órdenes de servicio de la empresa, y sin tener este vigilante asignada arma por la misma.- Tal sustitución en el referido turno de trabajo, en ningún momento fue autorizado por la dirección de la empresa o por mandos intermedios de la misma, por lo que tales hechos vulneran gravemente la ordenación y determinación de horarios, así como las jornadas de trabajo establecidos por la empresa, así como la utilización de un arma, que en ese turno de trabajo estaba a usted asignada.- Los hechos referidos vulneran no sólo las órdenes establecidas al efecto por esta empresa, a tenor del principio de dirección que la normativa legal le atribuye, sino también las exigencias que sobre control de armas, propiedad de la empresa, y uso bajo su responsabilidad le impone la ley sobre seguridad privada y su reglamento. Esta conducta constituye una falta muy grave por desobediencia en el trabajo, así como la transgresión de la buena fe contractual, de acuerdo con los puntos b) y D) del apartado 2 del artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores.- En razón a lo expuesto, se notifica

a usted el presente pliego de cargos, como expediente contradictorio contemplado en los referidos preceptos, para que en el plazo de tres días, a partir de la recepción del presente escrito efectúe las alegaciones que estime oportunas a su interés.- 4º) Simultáneamente el actor don R.F.C. recibía otra carta de la dirección de empresa demandada que decía lo siguiente: Con fecha de hoy, día 29 de julio de 1999, fue remitida a esta empresa panfleto, del que s acompaña una fotocopia, en el que aparece usted uniformado, al parecer con un traje cuyo diseño se basa también al parecer en la vestimenta del tercio de gallegos.- Dicho panfleto, fue divulgado en el edificio del hospital en el que presta usted servicios, mediante la adhesión del mismo en lugares del edificio que daban publicidad del contenido de éste.- En dicho panfleto se indicaba, además de consignar su nombre de forma expresa "...que los guardias de seguridad del Hospital Comarcal de Monforte de Lemos, lucirán a partir del próximo día 15 de agosto, un nuevo look en los días festivos especiales..."- este hecho, además de contravenir lo regulado en el artículo 87 del Reglamento de Seguridad Privada, con las consiguientes responsabilidades para esta empresa, ajena totalmente a la confección, contenido y divulgación de tal panfleto, lesiona y daña el buen nombre de la misma, no sólo ante la dirección del hospital, sino también ante personas relacionadas con la profesión.- Como en el tan aludido panfleto, figura expresamente su nombre, así como su fotografía, con el uniforme en cuestión, le participo que tal hecho puede constituir una falta gravísima para los responsables de la confección y publicidad del mismo, por lo que, a la vista de todas las circunstancias, se le concede un plazo de tres días para que alegue lo que estime conveniente, y todo ello, en relación al esclarecimiento de tales hechos y en su caso del expediente y sanción disciplinaria que pudiese corresponder.- 5º) Los actores se opusieron a los pliegos formulados por la empresa mediante escritos de fecha 04.08.99, R.F.C. y el 06.08.99 C.R.O., documentos nº 5 y 6 de la demanda (dándolos aquí por reproducidos).- 6º) En fecha 07.08.99 la dirección de la empresa "C.S., S.A." en base a los hechos imputados notificó a los actores la imposición de una sanción de suspensión de empleo y sueldo desde el 01.09.99 hasta el 30.10.99 en los términos reflejados en los documentos nº 7 y 8: Con fecha 4 de agosto de 199(sic), formula las alegaciones que obran en el expediente y mediante las cuales usted de forma genérica y básicamente se limita a manifestar que los hechos que se le imputaban en el pliego de cargos no constituyen vulneración a ninguna norma que afecte tanto a sus obligaciones laborales como a las reguladas por la Ley de Seguridad Privada y su reglamento, en su calidad de vigilante de seguridad, no negando, por lo



tanto, y sí reconociendo la veracidad de tal contenido de pliego de cargos, que íntegramente se transcribe en la presente resolución y que esta dirección ratifica plenamente.- Por todo lo expuesto, ponderando el contenido del expediente disciplinario, así como los informes complementarios requeridos, y propuesta del instructor de tal expediente, al ser los hechos contenidos en el transcrito pliego de cargos constitutivos de una falta muy grave, que si bien es merecedora de la sanción de despido disciplinario por vulneración clara de lo que disponen los artículos 5, 20, 24.2.b) del Estatuto de los trabajadores, en relación con el 54 del convenio nacional de empresas de seguridad, así como el 26.1, 69, 83 y 148.d), del Reglamento que desarrolla la Ley de Seguridad Privada, aprobado por Real Decreto 2.364/94, de 9 de diciembre, no obstante esta dirección acuerda por esta vez, imponerles solamente la sanción de dos meses de suspensión de empleo y sueldo, de acuerdo con el punto a) del art. 58 del Convenio Nacional de Empresas de Seguridad (Boletín Oficial del Estado 11.06.98), en relación con los hechos motivadores del presente expediente y preceptos anteriormente reseñados, apercibiéndole que de reincidir en tales conductas, se procedería a su despido disciplinario.- La suspensión de empleo y sueldo, como sanción que se le impone, comenzará el 01.09.99 y finalizará el 30.10.99.- 7º) Los actores no están de acuerdo con dichas sanciones por encontrarlas contrarias a los principios de Buena Fe y Lealtad que deben regir las relaciones laborales y las impugnan.- 8º) El día 15 de julio, a las 23,28 horas, se efectuó una inspección reglamentaria en el Hospital Comarcal de Monforte de Lemos, donde los actores prestan sus servicios. En tal inspección practicada por don J.M.U., acompañado de los inspectores de servicios, don M.A.C. y don J.V.F., se comprobó que don R.F.C. estaba realizando jornada continua y con arma, cuando él tiene jornada de día y sin arma, estando realizando el turno de trabajo que correspondía al también vigilante de seguridad, don C.R.O., de acuerdo con las órdenes de la empresa, correspondiente a éste la prestación del servicio con arma. El cambio de jornada efectuado por los actores, en ningún momento fue autorizado por la empresa, ni por mandos intermedios de la empresa.- 9º) El sr. F.C. es delegado sindical de U.S.O. en la empresa demandada desde el 12.04.94 y don C.R.O. está afiliado al sindicato.- 10º) La jornada de don R.F.C. es de día y sin arma y la de don C.R.O. es de noche y con arma.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Se desestima la demanda interpuesta por don R.F.C. y don C.R.O. contra la empresa grupo “C.S., S.A.”, confirmando las sanciones

impuestas a dichos actores y absolviendo a la parte demandada de las pretensiones de la demanda.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este tribunal, se dispuso el pase de los mismos al ponente.

### Fundamentos De Derecho

PRIMERO.- Bajo la cobertura del art. 191.a) LPL, los accionantes interesan la nulidad de actuaciones desde momento anterior a la Providencia de 3-septiembre-99, que acordó tramitar el presente procedimiento como sanción y no por el cauce –instado en demanda– de los arts. 175 y siguientes de la Ley Rituaria, sobre tutela de los derechos de libertad sindical. 1.- El art. 176 LPL dispone que «el objeto del presente proceso queda limitado al conocimiento de la lesión de la libertad sindical, sin posibilidad de acumulación con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos a la tutela de la citada libertad»; y coherentemente, por tratarse de cuestiones inescindibles y de obligado examen unitario, aunque de específica tramitación procesal, el art. 182 LPL dispone que «no obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, las demandas por despido [...] en que se invoque lesión de la libertad sindical u otro derecho fundamental se tramitarán inexcusablemente, con arreglo a la modalidad procesal correspondiente». 2.- Ciertamente que el precepto no se refiere expresamente a las demandas por sanciones, sino las formuladas por despido, pero la sala considera que el tratamiento ha de ser el mismo, no sólo porque el legislador atribuye preeminencia a la especificidad procesal de la condena interesada (nulidad de la medida sancionadora), sino por la finalidad de evitar la indebida acumulación de acciones y porque despidos y sanciones tienen en común no sólo su naturaleza disciplinaria, sino también un mismo Capítulo –II– del mismo Título II, bajo el epígrafe “de los despidos y sanciones”. 3.- De todas formas, la sala no llega a entender la posible indefensión que el recurso argumenta por haberse seguido un procedimiento diverso al que se interesaba en demanda, porque – para el tribunal es claro– la tramitación en la modalidad procesal de impugnación de sanciones, en manera alguna obsta la aplicación de la conocida inversión de la carga de la prueba en supuesto de alegarse vulneración de derecho fundamental, tanto por mor de reiterada doctrina al respecto –ordinaria y constitucional– en materia disciplinaria, como por extensión de las prevenciones contenidas en el art. 179.2 LPL. 4.- Finalmente, queremos también destacar que la jurisprudencia ha llamado la atención respecto de

que la profusión y el desbordamiento del proceso especial puede conducir a resultados poco deseables. Se señala por esta misma doctrina que el proceso de tutela de libertad sindical y demás derechos fundamentales es de cognición limitada, debiendo ceñirse a la comprobación y reparación en su caso de la lesión inmediata y directa de los derechos indicados en el artículo 53.2 de la Constitución, de manera que la lesión de la libertad sindical o derecho fundamental aducida haya sido inmediata y directa, porque la vía jurisdiccional de tutela de los derechos de libertad sindical «es un proceso que limita su ámbito de enjuiciamiento a las lesiones directas de derechos fundamentales derivadas de conductas de violación o incumplimiento de la norma constitucional o de las normas legales que los regulan» (SSTS 21-junio-94 Ar. 6.315, 24-enero-96 Ar. 193 y 29-septiembre-96 Ar. 6.857).

SEGUNDO.- Con el amparo del art. 191.b) LPL, el recurso solicita modificar el primero de los HDP, en el sentido de que el inciso final –relativo a los emolumentos– exprese: “ [...] y unos salarios mensuales de 137.988 pts (don R.F.C.) y 176.571 pts mensuales (don C.R.O.), con inclusión de prorrata de pagas extras”. Se basa el recurso en la afirmación –al respecto– contenida en la demanda (folio 1), en la contestación efectuada en el acto de juicio (folio 33) y en el Convenio Colectivo (folio 238, y los a él grapados). Vaya por delante indicar que la variación fáctica es del todo intrascendente, habida cuenta de que lo que la cuestión debatida no es salarial o dependiente de ella, sino estrictamente disciplinaria o de derechos fundamentales, por lo que ni siquiera se muestra necesaria la corrección de un salario erróneamente fijado. Pero en todo caso ha de admitirse que lo pretendido puede alcanzar la calificación de “conforme” y no precisada de prueba como “hecho”, de acuerdo con consolidada doctrina jurisprudencial sobre los llamados hechos conformes y consistentes en afirmaciones fácticas contenidas en la demanda y que la parte demandada no cuestione en su contestación (SSTS 29-marzo-58 Ar. 1.461, 29-marzo-84 Ar. 2.448 y 9-abril-84 Ar. 2.055; SSTSJ Galicia 15-octubre-97 R. 2.932/95, 28-febrero-98 R. 4.745, 16-diciembre-98 R.3.475/96, 22-febrero-99 R. 958/96, 12-marzo-99 R. 588/99, 10-junio-99 R. 2.689/96, 12-noviembre-99 R. 4.277/96 y 4-febrero-00 R. 5.592/96).

TERCERO.- Se interesa asimismo modificar el segundo ordinal, en el sentido de que la contrata de vigilancia y seguridad asumida por la demandada con el Hospital Comarcal data de 03.07.92 y no de 19.04.91, como hace constar la sentencia de instancia. Rechazamos tan siquiera la admisibilidad de la rectificación, porque

ninguna relación tiene con la cuestión debatida y no alcanzamos a vislumbrar el objeto –legítimo y razonablemente finalístico– de la rectificación.

CUARTO.- Se solicita ampliar el cuarto de “probados” con referencia a que “La empresa demandada imputó dicha falta a don R.F.C. sin realizar las comprobaciones pertinentes que pudieran demostrar la autoría o participación directa o indirecta del citado trabajador en la elaboración de ese documento”. El rechazo de la pretensión revisoria obedece a dos motivos: en primer término porque no se trata de materia que hubiese determinado la sanción que en el presente procedimiento se examina, hasta el punto de que la magistrada de instancia ni siquiera debió haber admitido a debate el inicio de otro expediente sancionador –posteriormente sobreesido– por una actuación absolutamente diversa a la que en autos se pretende sea declara nula; y en segundo lugar, porque la adición se basa en el acta de juicio, y ésta resulta conocidamente inhábil para fundar una revisión de hechos probados, por no constituir “documento” en el sentido del art. 191.b) LPL, alusivo a la prueba documental señalada en el art. 94 LPL, y por no tratarse propiamente de un medio de prueba sino de mera síntesis de la que se ha aportado en juicio, en manera alguna modificativa de los medios utilizados en aquél (STS 24.02.92 Ar. 1.144; SSTSJ Galicia 27.02.99 AS 5.261, Asturias 1-octubre-99 AS. 3.113, Murcia 27-septiembre-99 AS. 2.917, País Vasco 8-junio-99 AS 2.631...).

QUINTO.- También se pretende añadir al séptimo de los hechos declarados probados (“Los actores no están de acuerdo con dichas sanciones por encontrarlas contrarias a los principios de buena fe y lealtad que deben regir las relaciones laborales y las impugnan”) el inciso siguiente: “manifestando que la redacción de las citadas cartas les provoca indefensión”. Bien se comprende que no solamente no procede la adición, sino que también sobra la indicación judicial, pues en el relato de hechos han de hacerse constar exclusivamente los puntos de hecho no admitidos –controvertidos– que sean necesarios para la debida solución del tema objeto del litigio y en el grado mínimo requerido para que los litigantes puedan proceder a su impugnación en todos los aspectos relevantes del proceso, y para que los órganos jurisdiccionales de suplicación o de casación puedan comprender cabalmente el debate procesal y resolver sobre el mismo en los términos previstos en la ley” (STS 22-enero-98 Art. 7), sin que ello quiera decir que la regular constatación de hechos probados exija su expresión exhaustiva o prolija, sino que el requisito se cumple con un relato suficiente que centre el debate en modo tal que también el tribunal que conozca del recurso pueda proceder a

su resolución con arreglo al propio relato histórico, admitiéndose –incluso– la forma irregular de remisión, a los efectos de determinación de hechos probados, pero siempre que tal técnica permita apreciar, con singularidad e individualización, los hechos base de la decisión (SSTS 11-diciembre-97 Ar. 9.313, 1-julio-97 Ar. 6.568, etc.). Y esta doctrina no solamente excluye que se reflejen en la citada relación fáctica aquellos otros extremos de hecho que no sean necesarios a dicho fin, sino que –con mayor motivo– obsta que en el relato tengan cabida conceptos jurídicos, razonamientos lógicos, simples hipótesis, valoraciones de cualquier orden y –todavía más claro– simples planteamientos subjetivos u opiniones individuales. Y en el caso de autos, el parecer que los actores tengan respecto de la sanción impuesta en manera alguna puede influir en la resolución del pleito, siendo a todas luces improcedente su constancia entre los HDP.

SEXTO.- Se solicita introducir un nuevo ordinal –como ordinal octavo– con el siguiente texto: “8.- Que el trabajador J.C.R.M., que es vigilante de seguridad y compañero de los actores en el centro de trabajo del Hospital Comarcal de Monforte, ostenta la cualidad de responsable de equipo desde el 26 de mayo de 1.994 con las siguientes funciones atribuidas por la empresa Grupo “C., S.A”: servir de interlocutor válido entre los vigilantes y el cliente, así como entre los vigilantes y la empresa, confeccionar los cuadrantes de servicios, control de uniformidad, etc. En la misma comunicación escrita de fecha 26.05.94 dirigida a los vigilantes del Hospital donde se recogen esas funciones, la empresa Grupo “C.S., S.A.” notifica a los vigilantes del centro de trabajo del Hospital Comarcal de Monforte que canalicen a través de don J.C.R.M., todas las cuestiones que se refieran al servicio de vigilancia que se presta en dicho hospital”. Se admite la revisión, si bien con el número 11 de los HDP, por no encontrarse razón alguna justificativa para alterar todo el orden de los hechos que figuran en la sentencia y que únicamente determinaría mayor dificultad en la comprensión del texto definitivo. Y se acoge el añadido, porque su texto es fiel reproducción de la comunicación dirigida por la dirección de la empresa a los vigilantes jurados de Servicio en el Hospital Comarcal de Monforte (folio 174), cuya corrección y firma ha sido admitida en el acto de juicio por el Director General de la empresa, Sr. M. (folio 33 vuelto). De todas formas, la sala muestra su disconformidad con las afirmaciones de hecho que se hacen en el mismo motivo, y que si bien no se llega a proponer como objeto de su expresa incorporación al relato, se aluden como si se tratase de datos que incuestionablemente ha de admitir la sala: “Habiendo probado esta parte que

don C.R.O. pidió permiso para dicho cambio de turno a don J.C.R.M., folios 84 y 178 de autos, ratificados por la testifical practicada en juicio por esta parte a cargo de don C.A.P., folio 34 reverso de autos, no se entiende que la demandada alegue desobediencia e indisciplina por parte de los trabajadores sancionados”. Ahora bien, el folio 84 consiste en simple manifestación que el sancionado Sr. R. dirige a la dirección de la empresa, afirmando –con nulo valor revisorio, como es obvio– que había comunicado el cambio de turno “verbal y personalmente al responsable de equipo [...] dos días antes, como se viene haciendo habitualmente desde que se creó el servicio en este centro de trabajo”; el folio 178 únicamente acredita que el cambio de turno se hizo constar en una agenda, pero en manera alguna evidencia que hubiese comunicación verbal previa al jefe de equipo y su autorización; y el testimonio de don C.A. resulta un tanto inconcreto (“estaba presente cuando el actor [...] le comunicó a C. que *tenía que cambiar un turno de servicio*”), incluso por no hacer precisión de fechas, pero en todo caso por silenciar la respuesta obtenida por el solicitante. Y frente a ello, a esta ambigüedad, la sentencia de instancia es contundente al declarar en la fundamentación jurídica, pero con innegable valor de HDP (SSTS 17-octubre-89 Ar. 7.284, 9-diciembre-89 Ar. 9.195, 19-diciembre-89 Ar. 9.049, 30-enero-90 Ar. 6.236, marzo-90 Ar. 1.748, 27-julio-92 Ar. 5.664, 14-diciembre-98 Ar. 1.010 y 23-febrero-99 Ar. 2.018; y SSTSJ Galicia, entre las más recientes, de 7-abril-00 R. 2.045/98, 15-abril-00 R. 1.015/97, 17-abril-00 R. 359/97, 4-mayo-00 R. 1.343/00, 5-mayo-00 R. 1.149/97...) que el testigo don J.C. –responsable del equipo– había manifestado en el acto de juicio que el Sr. R.O. le había solicitado el cambio de servicio el 15 de julio, pero que era la empresa y no él la que tenía que autorizar dicho cambio, no autorizando la empresa dicho cambio, ni él tampoco”. Y es más, la sentencia continúa afirmando con el mismo valor fáctico que “el resto de los vigilantes, menos uno [...] manifestaron que para cambiar los turnos de noche, lo comunicaban a la empresa”. Conforme a ello, bien se comprende que la prueba invocada en el recurso es perfectamente compatible con la objetiva versión de los hechos ofrecida por la magistrada. Pero en todo caso, las afirmaciones de la juzgadora no podrían rectificarse en base a la prueba que al efecto citan los recurrentes, porque –lo recordamos una vez más– el recurso de suplicación es extraordinario y no una apelación que permita examinar nuevamente toda la prueba obrante en autos, por lo que sólo permite excepcionalmente fiscalizar la labor de valoración probatoria llevada a cabo por la magistrada a quo, y a tales efectos únicamente son invocables documentos y pericias, careciendo de todo valor la testifical y la confesión judicial, y

exclusivamente en tanto que tales pruebas – documentos y pericias– 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 conjeturas 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 palmariamente 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 21-enero-99 R. 22/96, 21-enero-99 R. 57/96, 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, 3-marzo-00 R. 499/00, 14-abril-00 R. 1.077/00, 15-abril-00 R. 1.015/97...).

**SÉPTIMO.-** Se propone añadir novedoso HDP, al que se atribuye el número 9, indicativo de que: “9.- Es costumbre en el centro de trabajo del Hospital Comarcal de Monforte y entre los vigilantes de seguridad del mismo la llevanza de una agenda en la que se hacen constar con antelación los cambios de turnos que se realizan entre los vigilantes de seguridad adscritos a ese centro, firmándose la hoja correspondiente al día que se efectúa el cambio por cada uno de aquellos trabajadores implicados en dicho cambio de turno e indicando que turno o turnos son objeto de alteración”. La sala admite sustancialmente la adición, por cuanto que la documental que al efecto se invoca –corroborada por los testigos– pone de manifiesto la existencia de la citada agenda y de su contenido; pero lo que en manera alguna evidencia –ha de destacarse que tampoco los testigos manifiestan algo al respecto– es que los cambios de turno se hiciesen constar con antelación y el momento en que las citadas alteraciones eran formadas por los interesados; dato, por lo demás, intrascendente. De todas formas, en el relato definitivo de hechos tal ordinal ha de figurar como hecho número 12; nos remitimos a las razones dadas en el precedente fundamento.

**OCTAVO.-** Asimismo se interesa dar diversa redacción y numeración al ordinal octavo, que pasaría a ser el décimo y a ofrecer el siguiente contenido: “10.- El día 15 de julio, a las 23 horas y 28 minutos, se efectuó una inspección reglamentaria en el Hospital Comarcal de Monforte de Lemos, donde los actores prestan sus servicios. En la inspección practicada por don J.M.U., acompañado de los inspectores de

servicios don M.A.C. y don J.V.F. se comprobó que el vigilante don R.F.C. estaba realizando el turno de trabajo que le correspondía al también vigilante don C.R.O. Dicho cambio de turno se hizo constar en la agenda que a tal fin se lleva en el citado centro de trabajo y en la cual ambos vigilantes reflejaron el cambio efectuado con su firma al pie de la hoja correspondiente al día 15.07.99 y así fue comunicado, el cual había sustituido al Sr. R.O. en el servicio nocturno del día 14.07.99, haciéndolo constar ambos en la mencionada agenda en la hoja correspondiente a ese día. No consta que el cambio de jornada efectuada entre el Sr. R.O. y el Sr. F.C. el día 15.07.99 fuera desautorizado por mandos intermedios o por la empresa. En la inspección practicada por el representante de la empresa y los inspectores de servicio que le acompañaban también se pudo comprobar que el Sr. F.C. prestaba su servicio debidamente uniformado y con el arma reglamentaria, habiendo firmado la retirada de la misma en el correspondiente libro de armas del citado centro de trabajo”. Las variaciones que se propone respecto de la versión fáctica ofrecida por la sentencia consisten –aparte de ciertas precisiones que únicamente crean confusión– en pretender (a) que el cambio de turno “se hizo constar en la agenda que a tal fin se lleva en el citado centro de trabajo y en la cual ambos vigilantes reflejaron el cambio efectuado con su firma al pie de la hoja correspondiente al día 15.07.99”; (b) que el citado cambio “le fue comunicado al jefe de equipo don J.C.R.M.”; (c) que “no consta que el cambio de jornada efectuada entre el Sr. R.O. y el Sr. F.C. el día 15.07.99 fuera desautorizado por mandos intermedios o por la empresa”; y (d) que el F. prestó su servicio “debidamente uniformado y con el arma reglamentaria, habiendo firmado la retirada de la misma en el correspondiente libro de armas del citado centro de trabajo”.

Pues bien, de toda la innovación pretendida el tribunal únicamente acepta la primera de ellas, relativa a la constancia del cambio en la referida agenda: \* En manera alguna puede admitirse la comunicación al jefe de equipo, siendo así que la versión judicial alude a que le solicitaron el cambio y que éste no lo concedió, porque esos cambios de turno –día/noche– debía autorizarlos la empresa; extremo en el que coinciden la mayoría de los testigos que depusieron el acto de juicio, tal como expresa la magistrada y evidencia el acta de juicio; \* Tampoco tiene cabida en el relato que el Sr. F. fuese debidamente uniformado y con el arma reglamentaria, pues la medida disciplinaria no se adopta por deficiencia en la presentación o por portar arma no reglamentaria, sino por realizar –sin autorización alguna– servicio en jornada nocturna y con arma; \* Y, finalmente, se rechaza la gratuita pretensión de



incluir entre los HDP la indicación de que no consta que el cambio hubiera sido desautorizado por la empresa, y ello porque en primer término la magistrada llegó a la conclusión –lo recordábamos antes– de que ni el jefe de equipo ni la empresa habían autorizado el cambio de turno, y porque es unánime doctrina de suplicación la de que los hechos puramente negativos no deben ser objeto de consignación en el relato histórico de la sentencia, pues conforme al art. 97.2 LPL se refiere exclusivamente a los hechos “probados”, es decir, a la afirmación positiva de los datos fácticos, y no a los desacreditados (así, entre tantas otras, SSTS Cantabria 25-septiembre-98 AS 6.671, Castilla y León/Valladolid 22-julio-97 AS 2.493, Canarias/Las Palmas 26-febrero-93 AS 634). Aparte de que el motivo se basa muy primordialmente en elementos conjeturales y argumentativos (...no se entiende cómo el Sr. J.C. ...no tuvo conocimiento del cambio... ya que las hojas de la agenda son correlativas y quien mira una tiene que ver necesariamente la otra...; ...dichos cambio se tuvieron que hacer constar con antelación, puesto que de producirse en el mismo día no habría posibilidad por parte de la empresa...; ...no se comprende que el Sr. R.O. hubiera obtenido autorización los días... y que sea precisamente el día 15.07.99 cuando... se sanciona; ...es indudable que puso la misma diligencia en obtener autorización... porque sino la empresa lo habría sancionado...), y hemos de recordar nuevamente –lo destacábamos más arriba– que es inviable la revisión fáctica basada en argumentos, conjeturas o interpretaciones valorativas más o menos lógicas (no remitimos a indicado en el fundamento sexto). Ha resaltar que el nuevo texto se mantiene como octavo de los hecho declarado probados.

NOVENO.- Asimismo la parte recurrente solicita complementar el relato de hechos con el siguiente HDP: “11.- Que a raíz de una llamada de don J.M.U. a la comisaria de Monforte a las 23 : 30 horas del día 15.07.99, dos números de la Policía Nacional adscrita a la Comisaria de Monforte de Lemos se personaron en las dependencias del Hospital Comarcal de Monforte constatando que en ese momento estaba prestando servicios de vigilancia el trabajador don R.F.C., debidamente uniformado y armado con la correspondiente arma reglamentaria asignada a dicho servicio. Dicha actuación policial no dio lugar a apertura de expediente alguno al no observarse ninguna infracción de las previstas en la Ley de Seguridad Privada”. Se admite la adición propuesta, como ordinal nº 13, pese a que para la sala carece de trascendencia para el sentido de la presente resolución, porque es fiel reproducción de lo informado por la Dirección General de la Policía a requerimiento del Juzgado de lo Social nº tres

de los de Lugo (folios 30 y 31). Y se admite –sin seguir usual criterio de suplicación sobre revisiones intrascendentes– por la posibilidad de recurso para la unificación de la doctrina y por el criterio expresado al respecto por el Tribunal Supremo (STS 18-febrero-94 Ar. 2.041; SSTSJ Galicia 16-julio-96 R. 2.821/96, 12-mayo-97 R. 1.525/97, 16-mayo-97 R. 5.063/94, 6-julio-97 R. 398/95, y 4-octubre-99 R. 3.602/99).

DÉCIMO.- También se pretende incorporar un nuevo hecho, que se numera como ordinal doce, indicativo de: “12.- Que la jornada de don R.F.C. es habitualmente diurna, en la que no existe obligación de portar armas. Asimismo, la jornada de don C.R.O. es nocturna y en la misma es obligatorio portar arma. Ambos vigilantes de seguridad tienen la correspondiente licencia que les habilita para la tenencia y utilización de armas”. Básicamente se acepta el texto, por cuanto que en lo fundamental ya viene recogido por el ordinal décimo de la sentencia, que se mantiene como tal ordinal, si bien resulta oportuno añadirle –exclusivamente– que “ambos vigilantes de seguridad tienen la correspondiente licencia que les habilita para la tenencia y utilización de armas”; lo que se acredita por la documentación que el recurso cita (folios 168 a 172). Y se considera fuera de lugar hacer constar el extremo relativo a la obligatoriedad de portar arma en turno de noche, pues se trata de un dato normativo que en manera alguna debe constar en la parte histórica de la sentencia.

UNDÉCIMO.- Finalmente se pretende que el décimo de los HDP de la sentencia pase a ser el número trece, pero con el mismo contenido: “13.- El Sr. F.C. es delegado sindical de la Unión Sindical Obrera (USO) desde el 12.04.94; y el Sr. R.O. está afiliado a ese mismo sindicato”. Lo rechazamos, pues la sala ya ha indicado anteriormente que considera fuera de lugar variar la numeración del relato para satisfacer las preferencias expositivas del recurrente; sólo habría lugar a ello si la nueva ordenación ofreciese una claridad que la sentencia recurrida no ofreciese; pero no es éste el caso.

DUODÉCIMO.- Dada la prolijidad del apartado revisorio y al objeto de facilitar su mejor inteligibilidad, la sala considera oportuno hacer expresión del resultado final de los HDP, con exclusiva referencia a los que han resultado modificados: 1.- Los actores, don R.F.C. y don C.R.O., cuyos datos personales constan en autos, prestan sus servicios para la empresa Grupo “C.S., S.A.”, con unas categorías profesionales reconocidas de Vigilantes de Seguridad y unos salarios mensuales de 137.988 pts (Sr. F.C.) y 176.571 pts mensuales (Sr. R.O.), con inclusión de prorrate de pagas extras”. 8.- El día 15 de

julio, a las 23 horas y 28 minutos, se efectuó una inspección reglamentaria en el Hospital Comarcal de Monforte de Lemos, donde los actores prestan sus servicios. En la inspección practicada por don J.M.U., acompañado de los inspectores de servicios don M.A.C. y don J.V.F. se comprobó que el vigilante don R.F.C. estaba realizando jornada continua y con arma, cuando él tiene jornada de día y sin arma, estando realizando el turno de trabajo que correspondía al también vigilante de seguridad don C.R.O., de acuerdo con las órdenes de la empresa, correspondiendo a éste la prestación del servicio con arma. Dicho cambio de turno se hizo constar en la agenda que a tal fin se lleva en el citado centro de trabajo y en la cual ambos vigilantes reflejaron el cambio efectuado con su firma al pie de la hoja correspondiente al día 15.07.99. El cambio de jornada efectuado por los actores, en ningún momento fue autorizado por la empresa ni por los manos intermedios, y aunque se le había solicitado al jefe de equipo, éste no lo autorizó, por corresponderle a la empresa. 10.- La jornada de don R.F.C. es de día y sin arma, y la de don C.R.O. es de noche y con arma. Ambos vigilantes de seguridad tienen la correspondiente licencia que les habilita para la tenencia y utilización de armas. 11.- Que el trabajador J.C.R.M., que es vigilante de seguridad y compañero de los actores en el centro de trabajo del Hospital Comarcal de Monforte, ostenta la cualidad de responsable de equipo desde el 26 de mayo de 1.994 con las siguientes funciones atribuidas por la empresa Grupo “C.S, S.A”: servir de interlocutor válido entre los vigilantes y el cliente, así como entre los vigilantes y la empresa, confeccionar los cuadrantes de servicios, control de uniformidad, etc. En la misma comunicación escrita de fecha 26.05.94 dirigida a los vigilantes del hospital donde se recogen esas funciones, la empresa Grupo “C.S., S. A.” notifica a los vigilantes del centro de trabajo del Hospital Comarcal de Monforte que canalicen a través de don J.C.R.M., todas las cuestiones que se refieran al servicio de vigilancia que se presta en dicho hospital. 12.- Es costumbre en el centro de trabajo del Hospital Comarcal de Monforte y entre los vigilantes de seguridad del mismo la llevanza de una agenda en la que se hacen constar con antelación los cambios de turnos que se realizan entre los vigilantes de seguridad adscritos a ese centro, firmándose la hoja correspondiente al día que se efectúa el cambio por cada uno de aquellos trabajadores implicados en dicho cambio de turno e indicando que turno o turnos son objeto de alteración. 13.- Que a raíz de una llamada de don J.M.U. a la comisaria de Monforte a las 23:30 horas del día 15.07.99, dos números de la policía nacional adscrita a la comisaria de Monforte de Lemos se personaron en las dependencias del Hospital Comarcal de Monforte constatando que

en ese momento estaba prestando servicios de vigilancia el trabajador don R.F.C., debidamente uniformado y armado con la correspondiente arma reglamentaria asignada a dicho servicio. Dicha actuación policial no dio lugar a apertura de expediente alguno al no observarse ninguna infracción de las previstas en la Ley de Seguridad Privada.

DÉCIMOTERCERO.- Ya al amparo del art. 191.c) LPL, el recurso denuncia que la decisión de instancia ha infringido por aplicación indebida el art. 58.1 ET, en relación con el art. 115.2 LPL y con los arts. 54 a 58 del convenio colectivo – ámbito estatal– de las empresas de seguridad; así como del art. 55 ET, en relación con el art. 115.1 LPL. 1.- Se basa la denuncia en la consideración de que la conducta imputada no tiene acogida en los preceptos de la norma pactada, por lo que la sanción de la misma infringe el principio de tipicidad. Y que la falta imputada carece de gravedad, voluntad inequívoca de desobedecer y trascendencia. 2.- Es innegable común doctrina que la facultad disciplinaria que con carácter general se reconoce al empleador en el art. 58 ET para sancionar los posibles incumplimientos contractuales de los trabajadores, con su referencia a las faltas previstas “de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o en el convenio colectivo que sea aplicable”, no hace sino consagrar el sometimiento de la materia a los principios de legalidad y tipicidad que son característicos –también– del orden penal y del sancionador administrativo, y que no dejan de ser elemental manifestación en el orden laboral del principio de seguridad jurídica; por ello representa una garantía inexcusable para el trabajador que el que la falta imputada y la sanción impuesta se hallen expresamente tipificadas, así como que en su aplicación se cumpla igualmente el principio de proporcionalidad. 3.- En el caso de autos, los trabajadores sancionados cambian por decisión propia y por una vez el turno que respectiva y habitualmente tenían asignados, el Sr. F. de día y sin arma, y el Sr. R. de noche y con ella; lo hacen sin haber obtenido preceptiva autorización de la empresa y tras habersele negado por el jefe de equipo, que manifiesta que la licencia corresponde a la dirección; y como circunstancias concurrentes se ha de valorar que ambos tienen licencia para portar armas y que el Sr. F. sostiene con la demandada contencioso relativo al importe de su remuneración, por –cuando menos– la prestación de servicios con o sin arma. 4.- Pues bien, la sala considera que esa conducta no esta privada de tipificación como falta muy grave en el convenio colectivo, siendo así que tiene adecuado encaje en el atentado a la buena fe que está presente en el art. 57.4 de la norma pactada,

al aludir a la deslealtad, fraude y abuso de confianza. Porque se ha de recordar -como ya hicimos en SSTSJ Galicia 8-junio-94 R. 2.094/94, 20-octubre-94 R. 3.979/94, 28-noviembre-94 R. 4.457/94, 10-mayo-96 AS 2.204, 6-junio-96 R. 2.536/96, 17-marzo-97 R. 808/97, 29-abril-97 R. 1.426/97, 23-mayo-97 R. 1.836/97, 3-junio-99 R. 2.057/99 y 30-septiembre-99 AS 3.230) que: \* La transgresión de la buena fe constituye una actuación contraria a los especiales deberes de conducta que deben presidir la ejecución del contrato de trabajo -arts. 5 a) y 20.2 ET- y el abuso de confianza constituye una modalidad cualificada de aquélla, consistente en el uso desviado de las facultades conferidas, con lesión o riesgo para los intereses de la empresa (SSTS 26-febrero-1991 Ar. 875 y 18-mayo-1987 Ar. 3.725); \* la buena fe es consustancial al contrato de trabajo, en cuanto que por su naturaleza sinalagmática genera derechos y deberes recíprocos, traducándose el deber de mutua fidelidad entre empresario y trabajador en una exigencia de comportamiento ético jurídicamente protegido y exigible en el ámbito contractual, y pudiendo definirse la buena fe en sentido objetivo como un modelo de tipicidad de conducta exigible, o mejor aún, un principio general de derecho que impone un comportamiento arreglado a valoraciones éticas, que condiciona y limita por ello el ejercicio de los derechos subjetivos (arts. 7.1 y 1.258 CC) y que se traduce en directivas equivalentes a lealtad, honorabilidad, probidad y confianza (SSTS 21-enero-1986 Ar. 312, 22-mayo-1986 Ar. 2.609 y 26-enero-1987 Ar. 130)); \* la esencia del incumplimiento no está en el daño causado, sino en el quebranto de la buena fe depositada y de la lealtad debida, al configurarse la falta por la ausencia de valores éticos y no queda enervada por la inexistencia de perjuicios (SSTS 8-febrero-1991 Ar. 817 y 9-diciembre-1986 Ar. 7.294), siquiera en ocasiones haya sido considerado el mismo como uno de los factores a ponderar en la valoración de la gravedad (STS 30-octubre-1989 Ar. 7.462); \* de igual manera que no es necesario que la conducta tenga carácter doloso, pues también se engloban en el art. 54.2.d) ET las acciones simplemente culposas, cuando la negligencia sea grave e inexcusable (SSTS 30-abril-1991 Ar. 3.397, 4-febrero-1991 Ar. 794, 30-junio-1988 Ar. 5.495, 19-enero-1987 Ar. 66, 25-septiembre-1986 y 7-julio-1986 Ar. 3.963)...); \* a los efectos de valorar la gravedad y culpabilidad de la infracción pasan a un primer plano la categoría profesional, la responsabilidad del puesto desempeñado y la confianza depositada, agravando la cualificación directiva o la permanencia en puestos de especial responsabilidad (así, entre tantas otras, las SSTS 18-marzo-1991 Ar. 1.872, 14-febrero-1990 Ar. 1.086, 30-octubre-1989, 24-octubre-1989 Ar.

7.424, 20-octubre-1989 Ar. 7.532, 12-diciembre-1988 Ar. 9.595, 18-abril-1988 Ar. 2.978 y 16-febrero-1986 Ar. 784). 5.- Y en el caso de autos no cabe omitir -ya lo recordábamos- que uno de los sancionados, el Sr. F., tenía atribuidas por la empresa funciones de vigilancia en turno de día y sin arma, y que precisamente este último extremo era objeto de reclamaciones por el trabajador. Por ello, el cambio efectuado por exclusiva voluntad de los sancionados a turno de noche y con arma (cambio cualitativo y no simplemente temporal), sin la oportuna y preceptiva autorización, no solamente significaba desconocer con carácter genérico la facultad directiva empresarial que le había situado en determinado turno, así como más en concreto la obligada decisión negatoria -carecía de facultades al respecto- del jefe de equipo, vulnerando así lo prevenido en los arts. 5 y 20 ET, sino que incluso ofrece un censurable aspecto de preconstitución de prueba a los efectos de litigios pendientes y de desconocimiento de la obligada buena fe; con mayor motivo cuando el trabajo se lleva a cabo con una inevitable autonomía en los centros de los clientes de la empresa, con muy esporádico control patronal y en funciones de destacable responsabilidad; y sin que la licencia de armas ostentada por el citado Sr. F. afecte en nada a lo indicado, pues de haber carecido de ella la gravedad de la falta sería -obviamente- extrema. Y con ello entendemos que igualmente hemos dado respuesta al segundo motivo que se formula en el apartado de examen del derecho (infracción del art. 55.1 ET, en relación con el art. 115.1 LPL), por cuanto que -muy contrariamente a lo sostenido en el recurso- la conducta sancionada ofrece innegable gravedad, voluntad inequívoca de desobedecer y trascendencia.

DÉCIMOCUARTO.- Como postrera denuncia se argumenta la infracción del art. 179.2 LPL, en relación con la doctrina fijada en la STC 22.04.97, respecto de la inversión de la carga de la prueba en supuestos de discriminación o violación de la libertad sindical. 1.- Frente a esta denuncia se impone destacar (entre otras, con las SSTSJ Galicia 24-enero-96 R. 5.579/95, 19-julio-96 R. 3.474/96, 15-noviembre-96 R. 4.779/96, 27-noviembre-97 R. 4.407/97, 26-enero-98 R. 4.882/97, 23-marzo-99 R. 794/99, 11-mayo-99 R. 1.522/99, 21-enero-00 R. 5.385/99 y 21-enero-00 R. 5.589/99) que la mera afirmación del componente discriminatorio o lesivo de derechos fundamentales no basta para justificar el desplazamiento de la carga probatoria a la empresa, obligada así a acreditar cumplidamente que su decisión se hallaba desconectada de aquellas ilegítimas motivaciones, sino que esa inversión del *onus probandi* requiere que se acredite cumplidamente -por parte de quien lo afirma- un ambiente favorable a la

discriminación o atentado contra el derecho fundamental, conforme a muy conocida doctrina jurisprudencial (STC 34/84, de 9-marzo, 21/1992 y 266/1993; SSTs de 28-marzo-85 Ar. 1.404, 15-enero-87 Ar. 35, 23-julio-90 Ar. 6.457, 27-septiembre-93 Ar. 7.044 y 25-marzo-98 Ar. 3.012). Con la consecuencia de que ese indicio de trato discriminatorio o atentatorio contra derechos fundamentales desplaza al empresario la carga de probar causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable la decisión adoptada (SSTC 266/1993, 7/1993, 42/1992, 21/1992, 197/1990, 187/1990, 135/1990, 114/1989, 166/1988, 104/1987, 88/1985, 55/1983, 47/1985, 94/1984 y 38/1981), tanto por la primacía de los derechos fundamentales y libertades públicas, cuanto por la dificultad que el trabajador tiene para acreditar la existencia de una causa discriminatoria o lesiva de otros derechos fundamentales. En el bien entendido de que el empresario no tiene que demostrar el hecho negativo –verdadera prueba diabólica– de que no haya móvil lesivo de derechos fundamentales, sino tan solo probar que su decisión obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito contrario al derecho fundamental en cuestión (SSTC 266/1993, 135/1990 y 114/1989) y con entidad desde el punto de vista de la medida adoptada, acreditando que su medida se presenta ajena a todo móvil discriminatorio o atentatorio de un derecho fundamental, debiendo alcanzar necesariamente dicho resultado probatorio, sin que baste el intentarlo (STC 95/1993), de manera que se ha admitido por el Tribunal Constitucional la improcedencia del despido –que no su nulidad radical– cuando a pesar de los referidos indicios y de que la medida empresarial resultase a la postre antijurídica (por inadecuada), de todas formas se había excluido en el relato fáctico la presencia de cualquier propósito discriminatorio o atentatorio al derecho constitucional invocado, por llegarse a la convicción de que “puesta entre paréntesis” la circunstancia supuestamente determinante de la alegada discriminación (actividad sindical, sexo, raza, etc.), “el despido habría tenido lugar verosímilmente en todo caso, por existir causas suficientes, reales y serias para entender que es razonable la decisión disciplinaria adoptada por el empresario” (STC 21/1992, de 14-febrero). 2.- Como igualmente recordábamos en las precitadas sentencias, igualmente ha de tenerse en cuenta que esa apreciación indiciaria supone para la Jurisprudencia –STS 1-octubre-1996 Ar. 7.220– una valoración jurisdiccional provisional de carácter complejo, correspondiente en principio al Juez de instancia, que versa tanto sobre elementos de hechos («indicios») como sobre calificaciones o elementos de derecho («violación» del derecho fundamental), y cuya revisión en suplicación sólo tiene trascendencia o efecto práctico cuando el Tribunal Superior de Justicia entienda que el

Juzgado de lo Social debió haber aplicado esta regla atenuada de inversión de la carga de la prueba. 3.- Pues bien, todo lo anteriormente indicado no puede llevar sino a confirmar la conclusión de instancia, en la que la magistrada *a quo* considera –con razón, a lo que entendemos– que la decisión es del todo ajena a motivación antisindical y que obedece a estrictas razones laborales, teniendo por acreditado el incumplimiento contractual alegado. Pero, es más, para el tribunal ni siquiera se ha acreditado ese indicio de discriminación que habría de invertir –infructuosamente para la tesis demandante, según evidencia el resultado– la carga probatoria, por resultar claramente insuficiente a tales efectos el simple alegato de que el Sr. C. es D.S. de USO y que recientemente había obtenido sentencia favorable en reclamación sobre tutela de libertad sindical (folios 203 a 206), siendo así que la misma versa sobre una cuestión estrictamente jurídica y relativa al crédito horario denegado en razón al número de trabajadores y porcentaje de votos en la elección del comité de empresa). Por todo ello,

#### Fallamos

Que con desestimación del recurso interpuesto por don R.F.C. y don C.R.O., confirmamos la sentencia que con fecha 14-enero-2000 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social número Tres de los de Lugo, y por la que se rechazó la demanda formulada y se absolvió a grupo “C.S., S.A.”

### 2958 RECURSO Nº 03/0009363/1996

S. CA.

ACTAS DE LIQUIDACIÓN POR FALTA DE COTIZACIÓN E ALTAS NO RÉXIME XERAL DA SEGURIDADE SOCIAL.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Antonio Vesteiro Pérez

En la Ciudad de A Coruña, doce de mayo de dos mil.

#### En nombre del Rey

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

#### SENTENCIA

En el proceso contencioso administrativo que, con el número 03/0009363/1996, pende de