

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 poste 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 estricta 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 N°  
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

resolución ante esta Sala, interpuesto por B.V.R., con D.N.I... domiciliado en...(A Coruña), representado y dirigido por el letrado don J.L.M.A., contra Resolución de 20.09.96 desestimatoria de recurso ordinario contra acta de liquidación nº 15-96-010997321-01, período 07.94 a 08.94, Régimen General, C.C.C... Es parte la Administración demandada Tesorería General de la Seguridad Social- A Coruña, representada por el letrado de la Seguridad Social. La cuantía del asunto es determinada en 113.904 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 2 de mayo 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 recurso jurisdiccional contra la resolución de la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social de 1 de octubre de 1996 por la que desestima el recurso ordinario interpuesto contra el Acta de Liquidación por falta de cotización y altas al R. General de la Seguridad Social de dos trabajadores de la recurrente correspondientes al período de 13 de julio a 8 de agosto de 1994 por importe total de 113.904 ptas., cuyas circunstancias han sido constatadas por la Inspección de Trabajo. Se basa fundamentalmente en el hecho de que habiéndose notificado el acta de liquidación de 16 de abril de 1996, el 24 de abril, interpuso recurso ordinario ante la Dirección Provincial el 29 de mayo del mismo año, es decir, fuera del plazo legal de un mes que se le ofreció para recurrir.

II. Se plantea en primer lugar y por motivos de orden público o de garantía procesal si procede

estimar la extemporaneidad o no del recurso interpuesto, por consiguiente si en el contenido del Acta se le había advertido que tenía un mes a partir de la fecha de notificación con arreglo al art. 31.3 de la LGSS y arts. 58 y concordantes de la Ley de P. Administrativo, en especial el art. 40.a) de la Ley Jurisdiccional al no haber agotado la vía administrativa y no hacer uso de sus derechos pues siendo normas de orden público, las normas sobre términos y plazos, su incumplimiento determina la imposibilidad de analizar los motivos de fondo y al no tener carácter subsanable o convalidable dichos defectos deviene en firme y consentido el acto recurrido por lo que procede la desestimación de la demanda rectora, independientemente de que se haya apreciado en otros procesos la infracción cometida pues una cosa es la vulneración de la falta y otra es la correcta liquidación efectuada.

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 B.V.R. contra Resolución de 20.09.96 desestimatoria de recurso ordinario contra acta de liquidación nº 15-96-010997321-01, período 7-94 a 8-94, Régimen General, C.C.C... dictado por Tesorería General de la Seguridad Social-A Coruña. Sin imposición de costas.

## **2959 RECURSO Nº 1.432/00**

S. S.

### **DETERMINACIÓN DO PROCEDEMENTO APPLICABLE PARA A RESOLUCIÓN DE LITIXIOS EN MATERIA DE VACACIONES.**

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

A Coruña, a quince 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. 1.432/00 interpuesto por don M.L.F., don X.L.C.R. y don A.G.G., contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de Ferrol.

### **Antecedentes De Hecho**

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don M.L.F. y otros en reclamación de conflicto colectivo siendo demandada la empresa “P., S.A.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 616/99 sentencia con fecha 31 de diciembre de 1999 por el juzgado de referencia que estima la excepción de inadecuación de procedimiento.

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

“1.- Los demandantes son miembros del comité de empresa de la demandada promoviendo el presente conflicto colectivo que afecta a todo el personal del centro de trabajo de la empresa demandada en “E.” (As Pontes) con categoría de vigilante de seguridad en total 39 trabajadores./

2.- La empresa de seguridad “P.C.S.” presta servicio en las instalaciones de “E.” en As Pontes (A Coruña) distribuidos en turnos de mañana, tarde y noche./

3.- La Empresa demandada estableció en fecha 27 de octubre de 1999 el calendario del programa vacacional para el año 2000 y del modo y forma que obra en el documento nº 11 aportado por la parte actora y que se da aquí por reproducido./

4.- Que el calendario de vacaciones establecido en los años 96, 97, 98 y 99 es el que consta en los documentos nº 2, 3, 4 y 5 aportados por la parte actora y cuyo contenido se da aquí por reproducido por obrar unido a los autos con las modificaciones respecto al calendario de vacaciones del año 1999 que obran en los documentos 6, 7 y 8 aportados por la actora./

5.- El comité de empresa de “P., S.A.” en As Pontes (A Coruña) aprobó en reunión celebrada el 19 de agosto de 1999 un calendario vacacional para el año 2000 y que se repartirán en períodos del 15 o 16 días hasta completar los 31 que marca el convenio estatal en los siguientes períodos: a) del 1 al 16 de enero; b) 16 días en febrero durante el período de carnares; c) 15 días en el período de Semana Santa; d) del 1 de julio al 16 de julio; e) del 17 al 31 de julio; f) del 1 de agosto al 15 de agosto; g) del 16 de agosto al 31 de agosto; h) del 17 de diciembre al 31 de diciembre. Que para un reparto más equitativo, los períodos de vacaciones de los trabajadores para completar los 31 días se distribuirán de la siguiente manera: 16 días en julio y 15 días en diciembre; 15 días en julio y 16 días en enero; 15 días en agosto y 16 días febrero; 16 días en agosto y 15 días en Semana Santa./

6.- En reunión celebrada el 30.09.99 entre el comité de empresa y la empresa “P., S.A.”, ésta no aceptó el cuadrante de vacaciones enviado por el comité de empresa haciendo la empresa la siguiente propuesta: 3 personas de enero a mayo; 5 personas de junio a septiembre y 3 personas de octubre a diciembre./

7.- En fecha 3 de diciembre de 1999 se celebró el acto de conciliación administrativa”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que, estimando la excepción de INADECUACIÓN DE PROCEDIMIENTO debo ABSOLVER Y ABSUELVO EN LA INSTANCIA a la empresa “P.C.S., S.A.” de todas las pretensiones de la parte actora”.

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

### **Fundamentos De Derecho**

PRIMERO.- Recurre la parte actora en solicitud de la anulación de la sentencia de instancia y de la reposición de las actuaciones “al momento posterior a la celebración del juicio, para que se dicte nueva resolución que resuelva las restantes cuestiones planteadas”; a este efecto y al amparo del art. 191.c) L.P.L. denuncia el recurso la infracción del art. 151 L.P.L. y de los arts. 125 y 126 de la misma ley, del art. 38 E.T. y del art. 46 del convenio colectivo para empresas de seguridad. Y es que la sentencia de instancia absuelve “en la instancia” estimando la excepción de inadecuación de procedimiento, al considerar (fundamento jurídico único) que en el caso presente se está en presencia de pretensiones “claramente individualizadas”, que “no hay la afectación de un interés general estructurado en un grupo homogéneo, sino que resultan directa e individualmente afectados todos aquellos trabajadores incluidos en el calendario de vacaciones”, y que, en fin, lo pedido en el proceso “afecta de modo singular, a trabajadores concretos y que no puede ser el de conflicto colectivo...”.

SEGUNDO.- La pretensión formulada en la demanda de conflicto colectivo por los demandantes miembros del comité de empresa de “P.C.S., S.A.” es, literalmente, la de que se declare la nulidad del calendario de vacaciones elaborado por la empresa para el año 2000, por no ajustarse a lo dispuesto en el convenio colectivo de aplicación, y se declare, asimismo, que el período que constituye turno para el disfrute de vacaciones es el propuesto por el comité de empresa, que se explicita en el hecho 4º de la propia demanda; en éste hecho se indican los períodos de disfrute de las vacaciones del personal y que tales fueron los propuestos por el comité al tratar con la empresa el calendario de vacaciones, sin que hubiera acuerdo y elaborando ésta unilateralmente dicho calendario. A partir de ello; de que el art. 151 L.P.L. dispone que se tramitarán a través del proceso de conflicto colectivo las demandas que afecten a intereses

generales de un grupo genérico de trabajadores y que versen sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo...; y de que los arts. 125 y 126 L.P.L. regulan el procedimiento para la fijación individual o plural de la fecha de disfrute de las vacaciones conforme a los diversos supuestos que se prevén, el tribunal considera que no concurre la inadecuación de procedimiento que ha apreciado la sentencia de instancia. Como indica la jurisprudencia en supuestos similares de impugnación del calendario de vacaciones (STS 29-abril-92 Ar. 2.685, 29-marzo-1995 Ar. 2.349 y 17-febrero-1997 Ar. 1.440), si lo que se cuestiona es tan sólo la concreción de la fecha de disfrute de las vacaciones, es claro que el proceso a seguir es el especial de vacaciones, de tramitación sumaria y preferente. Pero cuando lo que se plantea es algo más que eso, cual es anular el cuadro de períodos ya concedidos, condenando a la empresa –normalmente- a negociar con la representación de los trabajadores y a respetar lo pactado en convenio colectivo, ya no se trata propiamente de la fijación de <<la fecha de disfrute>> del descanso anual a la pluralidad de los trabajadores –objeto que tendría naturaleza individual o plural, determinando que el acceso a la jurisdicción hubiese de sustanciarse a través del proceso especial que regulan los arts. 125 y 126 L.P.L.-, sino de algo que aún relativo a las vacaciones y a la fecha de disfrute trasciende indiferiadamente a la generalidad de los empleados de la empresa, afectados por el Convenio colectivo que se dice vulnerado, y también a los derechos de la representación unitaria de aquéllos. En palabras de la citada STS 29-abril-1992 -en controversia que versaba sobre la legalidad del calendario establecido, al que se reprochaba su elaboración unilateral por la empresa-, el conflicto colectivo supone siempre la existencia de un interés general, abstracto e indivisible, cuya titularidad corresponde al grupo afectado, cuyos integrantes participan de él no por sus individuales circunstancias sino por su pertenencia a dicho grupo. Consiguientemente, el conflicto colectivo requiere la conjunción de dos elementos: uno subjetivo, el grupo de trabajadores, considerado en su conjunto y en abstracto; y otro objetivo, el interés de aquél, que –por general e indivisible- no es confundible con el particular de cada trabajador ni con la suma de dichos intereses particulares. Y para su solución, el conflicto tiene cauce jurídico propio, el proceso de conflicto colectivo, que no sólo es adecuado sino que es <<el modo específico en que se garantiza la tutela judicial efectiva en aquellos supuestos en que la controversia es asumida por la colectividad de los afectados>> (STC 74/1983, de 30-julio). Al respecto también ha de destacarse –lo hacía la referida STS 29-abril-1992- que ya el extinguido Tribunal Central de Trabajo –con

alguna vacilación: STCT 27-noviembre-1986 Ar. 12.628- había calificado reiteradamente de conflicto colectivo jurídico al surgido por discrepancias derivadas de la elaboración unilateral por la empresa del calendario de vacaciones anuales (Sentencias –entre otras- de 20-junio-83 Ar. 6.282, 16-abril-86 Ar. 2.982, 4-junio-86 Ar. 5.302, 18-febrero-87 Ar. 4.563 y 26-mayo-87 Ar. 11.679). Lo anteriormente indicado justifica que en autos se hubiese acudido a la modalidad del proceso de conflictos colectivos desde el momento en que, afectando el mismo (H.D.P. 1º) a todo el personal del centro de trabajo de la empresa en “E.” con la categoría de vigilante de seguridad (39 trabajadores en total), la pretensión de la demanda es obtener la nulidad del calendario de vacaciones elaborado por la empresa para el año 2000 “por no ajustarse a lo dispuesto en el convenio colectivo de aplicación”, cuyo invocado art. 46 dispone, entre otras cosas, que en cada empresa se establecerá un turno rotativo de disfrute de las vacaciones y que el período que constituye turno se determinara de acuerdo entre empresa y comité...; petición que en sí misma refleja el interés general, abstracto e indivisible propio del conflicto colectivo -con el hilo conductor común que supone el fundamento de ilegalidad dicho que se imputa y la afirmación de elaboración unilateral del calendario por la empresa- y que excede de una mera cuestión de concreción de fechas del disfrute o de preferencias... Y no obstante a lo anterior la petición que asimismo formula la demanda de que se declare “el período que constituye turno para el disfrute de las vacaciones” del personal que, se concreta en demanda, pues la pretensión sigue manteniendo un carácter e interés propiamente general: por su vinculación con la precedente y porque lo que está oponiendo la parte es el calendario de vacaciones que el comité propuso a la empresa en los contactos habidos al respecto, de tal manera que subyace en la petición la problemática de la negociación en sí misma – exigible como auténtica y con buena fe- y lo dispuesto en convenio colectivo; por tanto, la cuestión sería ya de viabilidad de la pretensión y no de procedimiento adecuado.

TERCERO.- Por las razones expuestas, acogiendo en forma oportuna la infracción normativa que se denuncia, procede estimar el recurso interpuesto y con revocación de la sentencia de instancia, devolver los autos al juzgado de procedencia a fin de que sea dictada nueva sentencia resolviendo la pretensión planteada en el proceso, imprejuzgada por virtud del pronunciamiento dictado en la instancia y que, obviamente, no puede ser resuelta por el tribunal en este momento.

**Fallamos**

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por don M.L.F., don X.L.C.R. y don A.G.G. contra la sentencia de fecha 31.12.99 dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Ferrol en autos de conflicto colectivo nº 616/99, tramitados a instancias de la parte recurrente frente a “P.C.S., S.A.”, revocamos dicha sentencia; y en consecuencia, declarando adecuado el proceso de conflicto colectivo, reponemos las actuaciones al momento procesal correspondiente a fin de que el juzgador de instancia proceda, con libertad de criterio y plena jurisdicción, a dictar nueva sentencia conociendo en cuanto al fondo de la pretensión planteada en la demanda y resolviendo en forma legal la misma.

**2960 RECURSO N° 476/00**

S. S.

**INEXISTENCIA DE CONTRATO CIVIL, A SÚA EXTINCIÓN DEBE CLASIFICARSE COMO DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE.**

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

A Coruña, dieciséis 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. 476/00 interpuesto por doña E.P.M. y UNIVERSIDAD DE A CORUÑA contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. TRES de A Coruña.

**Antecedentes de hecho**

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña E.P.M. en reclamación de DESPIDO siendo demandado UNIVERSIDAD DE A CORUÑA y COLEGIO OFICIAL DE DECORADORES Y DISEÑADORES INTERIOR DE GALICIA; en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 409/99 sentencia con fecha veintidós de septiembre de mil novecientos noventa y nueve por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “Primero.- En fecha 25 de mayo de 1993, la Universidad de A Coruña y el Colegio de Decoradores/Diseñadores de Interior de Galicia suscriben un convenio para la realización de un Curso de Especialización Profesional en “Diseño de Interiores”./ El control de la ejecución de dicho curso y de los Acuerdos Específicos que se pudieran firmar, se lleva a cabo por una Comisión Ejecutiva compuesta por cuatro miembros, dos de la Universidad, uno el director del Departamento de Representación y Teoría Arquitectónica y un profesor de la E.T.S.A. a propuesta del Consejo de Departamento y los otros por el Colegio señalado, integrados por el Presidente del mismo y otro miembro a propuesta de la Ejecutiva./ La Comisión gestora un Fondo Económico propio que se constituye para la financiación del curso, integrado por las matrículas abonadas directamente por los alumnos así como por otras aportaciones públicas o privadas. El Colegio de Decoradores de Galicia contribuye con una cantidad que cubra el importe de la matrícula de los propios colegiados. La Universidad de A Coruña percibirá en concepto de contribución al programa el 10% del Fondo Económico, correspondiente a los ingresos por matrículas./ Segundo.- Para prestar servicios en la Secretaría del Curso señalado, se contrata a la actora en septiembre de 1993, la cual presta sus servicios en la sede del Departamento de Tecnología y Ciencia de la Representación Gráfica de la Universidad, en donde se ubicaron las oficinas del curso, encargándose de las funciones administrativas del mismo. Percibe mensualmente la cantidad de 60.000 ptas. en concepto de honorarios, que factura conjuntamente a la Universidad y al Colegio con aplicación del 16% del IVA y correspondiente I.R.P.F. Además percibía cantidades que oscilaban entre 10.000 y 30.000 ptas. que se facturaban como importe correspondiente a los desplazamientos y atención a los conferenciantes. Todo ello a cargo de los fondos comunes del curso señalados anteriormente./ Tercero.- En el año 1997-1998, al crearse el Diploma de 3 años en diseño e Interiorismo, se cierra la cuenta citada, pasando a la Universidad. La actora continua prestando servicios para aquélla, en el mismo Departamento citado. En mayo de 1998, pasa a prestar sus servicios en el Departamento de Representación y Teoría Arquitectónicas en el edificio de Departamentos de la E.T.S.A. Desde entonces la actora gira facturas mensuales por importe de 87.696 ptas., de las que se descuentan 15.120 de Impuesto sobre la renta de las personas físicas, a la Universidad de A Coruña, la cual procede a abonárselas en su cuenta corriente./ Cuarto.- El curso de Postgrado, Diseño de Interiores, fue aprobado por la Junta de gobierno de la

Universidad el 04.06.96. La gestión del mismo, en sus diversos aspectos docentes, pedagógicos y administrativos corresponde a la Universidad, a través de una Comisión Ejecutiva integrada por seis miembros, dos del Departamento de Representación y Teoría Arquitectónica, dos del Departamento de Tecnología y Ciencia de Representación y Teoría Arquitectónica, dos del Departamento de Tecnología y Ciencia de Representación Gráfica y otros dos del colegio de Decoradores/Diseñadores de Interior de Galicia. La Secretaría del curso está adscrita a los Servicios Administrativos de los Departamentos señalados, ambos de la Universidad./ Además se imparte el Diploma en Diseño e Interiorismo, de tres años de duración, también por la Universidad de A Coruña, en colaboración con el Colegio de Decoradores citados./ La actora presta servicios para ambos títulos, percibiendo las retribuciones a cargo de la aplicación presupuestaria de los estudios de Postgrado de Diseño de Interiores./ Quinto.- La actora realiza actualmente una jornada de 9,30 a 14,30 horas los lunes, martes, jueves y viernes: de 16 a 21 los miércoles y viernes, y de 10 a 14 horas los sábados. Las funciones que realiza son las de llevar la secretaría contable administrativa de los citados cursos./ Sexto.- La Inspección de Trabajo levanta acta de infracción a la Universidad de A Coruña y de liquidación de cuotas por falta de alta de la actora en la Seguridad Social como trabajadora por cuenta ajena, con efectos del alta de 1 de abril de 1994. Dicha acta está en vía de recurso./ Séptimo.- Con fecha 20 de abril de 1999 se le comunica a la actora que deja de prestar servicios para la Comisión Ejecutiva del Curso de diseño por no estar de alta en el Régimen Especial de Autónomos".

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 formulada por doña E.P.M. declaro la improcedencia de su despido y condeno a la UNIVERSIDAD DE A CORUÑA 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 setecientas cuarenta y dos mil cincuenta y dos pesetas (742.052 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 444.326 pesetas./ Absolviendo de las pretensiones de la misma al COLEGIO OFICIAL DE DECORADORES Y DISEÑADORES INTERIOR DE GALICIA".

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante y

demandada siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente. Por providencia de 25.02.00 se dio traslado al Ministerio Fiscal que emitió el correspondiente informe, siendo devueltos a esta Sala en fecha siete de abril, pasando al Ponente para resolución.

### **Fundamentos de derecho**

La sentencia de instancia, desestima la excepción de incompetencia de jurisdicción, y acoge la pretensión deducida en la demanda, declarando la improcedencia del despido de la demandante doña E.P.M. y condenando a la Universidad de A Coruña a que a su elección, que ha de ejercitarse en el plazo de cinco días, la readmita en su puesto y condiciones de trabajo o la indemnice con la cantidad de 742.052 pesetas, con abono en todo caso de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la Sentencia, absolviendo al Colegio Oficial de Decoradores y Diseñadores interior de Galicia. Dicho pronunciamiento es impugnado tanto por la demandante como por la Universidad demandada.

El recurso de la actora consta de dos motivos, invocando por los cauces de los apartados b) y c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, la revisión probatoria, en el primero de ellos, y dedicando el segundo al examen del derecho aplicado. Dicho recurso tienen como exclusivo objeto modificar la cuantía del salario mensual que se hace constar en la Sentencia recurrida. Pero habiéndose alegado por la Universidad codemandada –tanto en la instancia, como por vía de Suplicación- la incompetencia de esta jurisdicción Social para conocer de la cuestión litigiosa por razón de la materia, debe examinarse, en primer lugar, el recurso de la citada Universidad, porque de ser acogida dicha excepción, sería innecesario el examen del recurso interpuesto por la parte actora.

El recurso de la Universidad de A Coruña consta de veintiún motivos, dedicándose el primero de ellos a denunciar, por el adecuado cauce del artículo 191.c) d la L.P.L., la aplicación indebida de lo dispuesto en el artículo 2.a) de la propia L.P.L., sobre competencia de la jurisdicción laboral para conocer de la cuestión litigiosa.

Del motivo Segundo al Decimotercero, ambos inclusive, se dedican, con adecuado amparo procesal en el apartado b) del artículo 191 de la L.P.L. a la revisión de los hechos declarados probados, y del decimocuarto al vigesimoprimer y último, se destinan al examen del derecho aplicado por la Sentencia que se impugna, si bien, de estimarse que esta orden jurisdiccional no es competente "ratione materiae" para conocer de la

cuestión litigiosa, sería innecesario cualquier análisis o decisión sobre tales motivos de recurso.

**SEGUNDO.-** Con carácter previo, y por afectar al orden público procesal, el tema de la incompetencia de la jurisdicción social debe analizarse y examinarse preferentemente a los demás motivos de recurso, ya que de estimarse la misma sería innecesario cualquier análisis o decisión sobre los mismos –como ya queda dicho-. Y en relación con el examen de la citada cuestión de incompetencia, la misma debe ser resuelta por esta Sala con plena libertad, sin sujetarse a los presupuestos y concretos motivos del recurso, sin someterse a los límites de la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia y con amplitud en el examen de toda la prueba practicada, para decidir, fundadamente y con sujeción a derecho, sobre una cuestión cuya especial naturaleza la sustrae al poder dispositivo de las partes (Sentencias del Tribunal Supremo, entre otras, de 16-febrero-1990; Ar. 1.099; 4-julio-1997 Ar. 2.466).

También conviene significar, que la calificación jurídica que merezca la relación mantenida entre las partes, no viene condicionada por la denominación que se le atribuya o por la opinión que al respecto puedan manifestar los propios interesados, pues como reiteradamente declara la doctrina jurisprudencial, los contratos tienen la naturaleza jurídica que se deriva de su contenido obligacional, independientemente de la denominación que le otorguen los intervenientes (Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de junio de 1990 Ar. 5.048); debiendo estarse para determinar su auténtica naturaleza a la realidad de su contenido manifestado por los actos realizados en su ejecución, lo que debe prevalecer sobre el “nomen iuris” empleado por los contratantes (sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1989; Ar. 7.310); siendo así que la determinación del carácter laboral o no de la relación que une a las partes, no es algo que quede a la libre disposición de éstas, sino que es una libare calificación que debe surgir del contenido real de las prestaciones concertadas y de la concurrencia de los requisitos que legalmente delimitan el tipo contractual (sentencias del Tribunal Supremo de 21 de julio de 1988 y 5 de junio de 1990 Ar. 6.059). De lo que se deriva que lo esencial a tal efecto, será la valoración que merezcan las circunstancias concretas en que efectivamente se venía desarrollando la relación entre los litigantes.

**TERCERO.-** Y para determinar este extremo, la Sala goza de total libertad, pudiendo analizar la totalidad de la prueba practicada para formar su propia convicción sobre estos hechos. Así, del examen de los medios probatorios que figuran en

las actuaciones, resulta debidamente acreditado que: 1.- En fecha 25 de mayo de 1993, se suscribió Convenio entre la Universidad de A Coruña y el Colegio de Decoradores/Diseñadores de interior de Galicia para la realización de un Curso de Especialización Profesional en “Diseño de Interiores”. Según la cláusula segunda del citado Convenio, el control de la ejecución del contenido del Convenio y de los Acuerdos Específicos que se pudieran firmar, se llevarán a cabo por una Comisión Ejecutiva compuesta por los siguientes miembros: Por parte de la Universidad, el Director del Departamento de Representación y Teoría Arquitectónicas y un profesor de la E.T.S.A., a propuesta del consejo del Departamento, así como el Director del Departamento de Tecnología y Ciencia de la Representación Gráfica y un profesor de la E.U.T.A., a propuesta del Consejo del Departamento. Y por el Colegio de Decoradores, su Presidente y un miembro del Colegio a propuesta de su Comisión Ejecutiva. La Comisión Ejecutiva tenía entre sus competencias: Estructurar pedagógicamente las enseñanzas, establecer el baremo de méritos, seleccionar el profesorado, etc., y, asimismo, gestionaba un Fondo Económico propio que se constituye para la financiación del curso, y que estaba integrado por el importe de las matrículas abonadas por los alumnos, así como por otras instituciones públicas o privadas. El Colegio de Decoradores de Galicia contribuye con una cantidad que cubre el importe de la matrícula de sus propios colegiados. Mientras que la Universidad de A Coruña percibiría en concepto de su contribución al Programa la cuantía del 10% del Fondo Económico, correspondiente a los ingresos por matrícula. 2.- Para prestar servicios en calidad de Secretaria Administrativa del curso anteriormente señalado fue contratada la demandante en el mes de septiembre de 1993, la cual vino desempeñando sus funciones en la sede del Departamento de Tecnología y Ciencia de la Representación de Galicia de la Universidad de A Coruña, lugar en el que ubicaron las oficinas del citado Curso, encargándose de las funciones administrativas del mismo. La actora percibía mensualmente la cantidad de 60.000 pesetas en concepto honorarios, que facturaba conjuntamente a la Universidad de A Coruña y al Colegio de Diseñadores, con aplicación del 16% en concepto de IVA y correspondiente I.R.P.F. Además percibía cantidades que oscilaban entre 10.000 y 30.000 pesetas que se facturaban como importe correspondiente a los desplazamientos y atención a los conferiantes. Todo ello con cargo a los fondos comunes del curso, anteriormente señalado. 3.- La actora figuró inscrita como demandante de empleo, en la Oficina de Colocación y Empleo de A Coruña - Puerto, desde el 24-mayo-1991 hasta el 15-

noviembre-1993, en que causó baja por no renovación de la demanda de empleo. Desde el 30-noviembre-1993 hasta el 4-septiembre-1995, en que causó baja por colocación, comunicada con oferta previa. Y, finalmente, en el periodo comprendido entre ele 14 de diciembre de 1995 hasta el 16 de septiembre de 1996, en que causó baja por no renovación de la demanda de empleo.

4.- Con fecha 18 de agosto de 1995, la Autoridad Portuaria presentó Oferta de Empleo ante el I.N.E.M. al objeto de cubrir provisionalmente un puesto de trabajo en le Puerto de A Coruña, incluyendo entre los candidatos presentados a la demandante doña E.P.M., quien a la poste resultaría la candidata seleccionada.

5.- La citada demandante suscribió contrato de trabajo de duración determinada, celebrado al amparo del Real Decreto 2.546/94, de interinidad, siendo el objeto del mismo la sustitución de un trabajador en situación de Incapacidad Temporal. La duración del contrato abarcó el periodo comprendido entre los días 01.09.1995 (fecha del alta) y 30.09.1995 (fecha de la baja), estipulándose una jornada de trabajo de 37.5 horas semanales prestadas de lunes a viernes.

6.- La actora suscribió una declaración de no estar afectada de incompatibilidades, declarando que no venía desarrollando ningún puesto de trabajo o actividad en el sector público, ni realizando actividades privadas incompatibles o que requieran el reconocimiento de incompatibilidad.

7.- No obstante la contratación referida en el apartado e), la actora continuó prestando igualmente los servicios para los que había sido contratada por la Comisión Ejecutiva del Convenio entre Universidad y Colegio de Diseñadores, alternando los mismos con su compañera de trabajo "C.", variando los turnos en función de sus ocupaciones desarrolladas para la Autoridad Portuaria, teniendo conocimiento la Comisión Ejecutiva de estos cambios de turno producidos en el mes de septiembre de 1995, sin oponer objeción alguna.

8.- En el año 1997-1998, se produjo propuesta de transformación del curso de Especialización de "Diseño de Interiores", en Curso de POSGRADO, como Título propio de la Universidad de A Coruña, creándose además la Diplomatura (tres años) en Diseño e Interiorismo, cerrándose la cuenta correspondiente a los fondos comunes del Curso antes señalado, pasando a la titularidad de la Universidad.).

- En fecha 15 de octubre de 1997, el Secretario del Departamento de Tecnología y ciencia de la Representación Gráfica de la Universidad de A Coruña, dirigió escrito al Excmo. Sr. Magnífico Rector de la Universidad de A Coruña para que la demandante continuase prestando servicios en el Curso de Postgrado, dada la experiencia alcanzada en el Curso de Especialización. Y la actora continuó prestando servicios en calidad de Secretaria administrativa. En mayo de 1998, pasa a prestar

sus servicios en el Departamento de Representación y Teoría Arquitectónicas en el edificio de Departamentos de la E.T.S.A. Y desde el mes de enero de 1998 la actora gira facturas mensuales con cargo al CIF de la Universidad de A Coruña por un importe de 87.696 pesetas, (de las que se descuentan 15.120 pesetas en concepto de I.R.P.F.), importe que cada mes es abonado en la cuenta de la actora por la citada Universidad.

10.- El Curso de Postgrado, Diseño de Interiores, fue aprobado por la Junta de Gobierno de la Universidad anteriormente citada el 4 de junio de 1996. La gestión del mismo, en sus diversos aspectos docentes, pedagógicos y administrativos corresponde a la Universidad, a través de una Comisión Ejecutiva integrada pro seis miembros: dos por cada uno de los Organismos siguientes: Departamento de Representación y Teoría Arquitectónicas. Departamento de Tecnología y Ciencia de la Representación Gráfica. Colegio Oficial de Decoradores/Diseñadores del Interior de Galicia.

La Secretaría del Curso está adscrita a los Servicios Administrativos de los Departamentos señalados, ambos de la Universidad, prestando servicios la actora tanto en el Curso de Postgrado, como en el Curso de Diplomatura en Diseño e Interiorismo, de tres años de duración, impartido también por la Universidad de A Coruña, en colaboración con el Colegio de Diseñadores.

11.- La actora venía realizando diariamente la siguiente jornada de trabajo: de 9.30 a 14.30 horas los lunes, martes, jueves y viernes; de 16 a 21 horas los miércoles y viernes, y de 10 a 14 horas los sábados. Las labores que venía realizando consistían en llevar la Secretaría contable y administrativa de los citados cursos.

12.- Tras visita girada por la Inspección Provincial de Trabajo en 27 de enero de 1999, se levantó acta de infracción a la Universidad de A Coruña y de Liquidación de cuotas por falta de alta de la actora en la Seguridad Social como trabajadora por cuenta ajena, con efectos del alta de 1º de abril de 1994. Dichas actas fueron impugnadas por la citada Universidad, resolviéndose el recurso administrativo interpuesto por resolución de 30 de noviembre de 1999 declarando la caducidad de los expedientes liquidatorios números 158 al 163/99 y sancionador núm. 242/99, así como que la Inspección Provincial de Trabajo podía incoar nuevas actas de liquidación e infracción con fundamento en los mismos hechos para iniciar nuevos procedimientos.

13.- Desde el inicio de la prestación de servicios en el mes de septiembre de 1993, la actora no figuró afiliada a ningún Régimen de la Seguridad Social. (Con la excepción del mes de septiembre de 1995, cuando fue contratada por la Autoridad Portuaria de A Coruña).

14.- La actora cada año disfrutó un mes

de vacaciones que le era abonado en la misma cuantía y por el mismo procedimiento que el resto de los meses del año. 15.- El Secretario de la Comisión Ejecutiva del curso de Diseño de Interiores, por escrito de fecha 19 de abril de 1999, participó a la demandante que a partir del próximo día 20 del mismo mes prescindían de la prestación de sus servicios, al tener constancia la Comisión por medio de la propia interesada y del Servicio de Personal de esta Universidad de que no reúne los requisitos necesarios, cual es el de la cotización en el Régimen de autónomos de la Seguridad Social. No constando tampoco que se encontrase dada de alta en el correspondiente I.A.E.

CUARTO.- Partiendo de la declaración fáctica que antecede, debe determinarse si la relación habida entre la actora y la Universidad de A Coruña, puede calificarse o no como laboral; con ello, se da respuesta al primer y decimoquinto motivos del recurso de la Entidad demandada relacionados con la incompetencia de este orden social para conocer de la cuestión litigiosa; y, a la vista de lo antes expuesto, no ofrece la menor duda el carácter laboral de la relación, y por tanto la competencia de este orden jurisdiccional social para el conocimiento de la demanda por despido planteada por la trabajadora demandante; y ello es así, debido a la concurrencia de todas las notas que caracterizan el contrato de trabajo previsto en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores; puesto que en la relación mantenida entre las dos partes litigantes –antes citadas-, existió una prestación voluntaria y personal de servicios retribuidos por cuenta ajena, dentro del ámbito de organización, dependencia y dirección de la demandada tal como se desprende del relato fáctico que se deja expuesto.

La Universidad demandada en el decimosexto motivo de recurso –en el que denuncia la infracción de la Disposición Final Primera del E.T. –se refiere a la relación mantenida con la actora como propia de arrendamiento de obra o servicio de carácter civil; pero la doctrina jurisprudencial tiene declarado, así, STS de 8-octubre-1992, (Ar. 7.622), entre otras, que la línea divisoria entre la relación indicada y la contractual laboral está en la llamada “integración en el círculo rector y disciplinario del empresario” concepto que se formula en la legislación vigente como “servicios dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona física o jurídica (art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores). La actora, desde el inicio de la prestación de servicios en el mes de septiembre de 1993, trabajó todos los días del año en exclusividad (salvo el mes septiembre de 1995) para los demandados inicialmente, y en los últimos años con una mayor vinculación con la

Universidad demandada, actuando dentro del ámbito y organización de la misma, realizando funciones de secretaría en los cursos Organizados por la Universidad, inicialmente en colaboración con el Colegio de Diseñadores, y posterior en los dos últimos años, si bien continuó existiendo la colaboración con el citado colegio, ya que aprobado por la Junta de Gobierno de la Universidad demandada, el Curso de Postgrado, como titulación propia de la misma. Los servicios prestados, dentro del ámbito de organización de la misma, tenían un carácter personal, sin que la actora estuviese facultada para nombrar otra persona en su lugar para el mismo cometido. Así durante el mes de septiembre de 1995, en que compatibilizó su trabajo en la Universidad, con una contracción temporal en el Puerto de A Coruña, no designó a nadie para desempeñar sus funciones, sino que intercambió o adaptó los turnos de trabajo con otra compañera para poder compatibilizar ambos trabajos.

Además del carácter personal de los servicios, la actora también percibió una contra-prestación retributiva por los mismos, inicialmente a cargo del fondo económico de los Cursos organizados, y desde el mes de enero de 1998 la demandante giró facturas mensuales con cargo al C.I.F. de la Universidad demandada, sin que se desvirtúe el carácter laboral de la relación por el hecho de que aquella percibiese su remuneración mediante la presentación de facturas con deducción de IVA y del I.R.P.F.

Por otra parte, el fruto del trabajo que desarrollaba la actora repercutía en quien lo recibía, es decir, en su empleador –la Universidad-, que era quien cobraba a los alumnos el importe de sus matrículas y hacía suya la facturación obtenida por los Cursos que organizaba –con independencia de los acuerdos alcanzados con el Colegio de Diseñadores-, es decir, existe un dato indiscutible de especial relevancia, cual es que la demandante no percibe lucro alguno como beneficio propio derivado de los Cursos que organiza la Universidad, lo que determina, claramente, la nota de ajenidad de sus servicios.

Por último, en cuanto a la nota de dependencia, cabe señalar que es otro de los elementos que caracteriza esencialmente el contrato de trabajo, y que concurre también en el presente supuesto, de un modo evidente. Según la doctrina jurisprudencial, por “dependencia” o “subordinación<sup>2</sup>, debe entenderse el hecho de encontrarse el trabajador dentro de la esfera organicista, rectora y disciplinaria de aquel 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, la realización del trabajo normalmente en los centros o dependencias de la empresa y la sujeción a una jornada y horario determinados, etc. y aunque no sea necesario que concurran todas las circunstancias enumeradas, bastando con las que revelen la existencia de ese elemento, sin embargo, en el supuesto enjuiciado, puede afirmarse que concurren todas y cada una de las circunstancias citadas, puesto que la actora venía desarrollando sus tareas como administrativa de los cursos de postgrado y Diplomatura en Diseño e Interiorismo organizados por la Universidad, con aprobación por la Junta de Gobierno de la misma, debiendo acatar las órdenes de la Comisión Ejecutiva que tutelaba dichos Cursos, con subordinación a las personas de dicha Comisión que tenían facultades de mando y dirección sobre la misma, con total sometimiento a las normas disciplinarias correspondientes, realizando la prestación de servicios en un Centro o Departamento de la Universidad demandada, concretamente en el Departamento de Representación y Teoría Arquitectónicas en el edificio de la E.T.S.A.; utilizando el material que le proporcionaba la propia Universidad y cumpliendo una jornada diaria de cuatro horas, de lunes a sábado, un total de 24 horas semanales y percibiendo, igualmente, su retribución durante el mes de vacaciones.

Dándose todas las condiciones y circunstancias qu se dejan expuestas, resulta evidente que la actora se encontraba inserta en el círculo rector y organicista de la Universidad demandada, ya que venía desarrollando una prestación de servicios retribuidos, por cuenta ajena, y dentro del ámbito y de organización y dirección de otra persona (el empleador), (artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores). A lo anterior debe añadirse la presunción qu contiene el artículo 8.1 del mismo Texto Legal, a favor de la laboralidad de cualquier relación contractual que vincula a quien presta un servicio de las características expuestas y al que lo recibe a cambio de satisfacer una contraprestación retributiva.

En resumen, la relación entre actora y Universidad es una relación laboral por reunir todas las notas configuradoras de la misma, por lo que el orden social de la jurisdicción es el competente para enjuiciar y resolver la pretensión deducida en la demanda rectora de esta “litis2, con arreglo a lo prevenido en el artículo 2.1) de la Ley de Procedimiento Laboral en concordancia con el artículo 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

**QUINTO.-** Pasando al estudio de los motivos de recurso dedicados al examen del derecho aplicado, en el primero de ellos, -que constituye el ordinal decimocuarto- por el adecuado cauce procesal, se denuncia violación por la sentencia de instancia de lo dispuesto en el artículo 3.1 de la Ley 53/1984 de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al servicio de las Administraciones Públicas; argumentándose que la actora prestó servicios para la Autoridad Portuaria de A Coruña, en el mes de septiembre de 1995, en virtud de un contrato de trabajo con jornada completa y manifestando la propia demandante que no estaba incursa en incompatibilidad.

Lo que se afirma en este motivo es cierto, tal como se desprende del examen de los medios probatorios efectuados por la Sala, apartados 5) y 6) del Fundamento tercero. Ahora bien, ello no quebranta el principio de la realidad de la relación, ni el carácter laboral de la misma; es decir, que si la naturaleza del vínculo entre las partes es de carácter laboral, resulta intranscendente a los efectos enjuiciados la vulneración de la Ley sobre Incompatibilidades por la actora, y a lo sumo, podría dar lugar a una infracción de naturaleza administrativa, pero no produciría, en ningún caso, las consecuencias que pretende atribuirle la Universidad demandada, por lo que el motivo no puede ser acogido.

**SEXTO.-** Los motivos decimoquinto y decimosexto del recurso ya fueron examinados, dándose una oportuna respuesta a lo que en los mismos se plantea al resolver la cuestión de la Incompetencia de la jurisdicción Social (Fundamento cuarto), ya que en el primero de ellos se denuncia violación de los artículos 1.1 y 8.1 del Estatuto de los Trabajadores, preceptos que por su íntima conexión con la citada cuestión de Incompetencia ya fueron objeto de estudio e interpretación. Y por lo que respecta al motivo decimosexto, el mismo parte de un presupuesto erróneo al estimar que entre la actora y la Universidad recurrente existió un arrendamiento de servicios, cuando realmente quedó acreditado con la valoración de la prueba que figura en las actuaciones, la existencia de una relación laboral. Debiendo significarse –a mayor abundamiento de cuanto se dijo al tratar esta cuestión- que el arrendamiento de servicios de naturaleza civil comporta; en sí mismo, una libertad de actuación profesional por parte del arrendatario que, claramente, no se da en el caso contemplado. Y es que la actora se hallaba sometida al control y a las directrices que le marcaba la Comisión ejecutiva de los Cursos, con total sujeción al poder directivo de la misma; lo que pone de relieve la existencia típica de una relación laboral y no de

arrendamiento de servicios. Razones por las cuales ninguno de los motivos resultan acogibles.

**SÉPTIMO.-** Denuncia la Universidad recurrente, a través del cauce procesal oportuno, violación por la sentencia de instancia del artículo 53.1<sup>a</sup> del Real Decreto Legislativo 1.091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria; y ello, por haber quedado acreditado que desde el año 1998 la contraprestación económica por la actividad que vino desempeñando la actora se cargaba al capítulo 2 de los presupuestos de la Universidad.

El motivo no puede acogerse, porque en todo caso quien ha incurrido en dicha violación no es la sentencia de instancia, sino la propia Universidad recurrente, que fue quien efectuó la imputación de créditos denunciada, sin intervención alguna por parte de la trabajadora. En efecto, tal como se desprende del relato probatorio declarado por la Sala, en su apartado 9), de hace constar la forma de retribución de la actora, la cual giraba facturas con cargo al CIF de la Universidad de A Coruña por un importe mensual de 87.696 ptas. de las que descontaba el correspondiente I.R.P.F. y dicho importe era abonado cada mes en la cuenta de la demandante; y la imputación de la retribución a uno u otro capítulo presupuestario, es algo que forma parte del funcionamiento interno de la propia Universidad, y cualquier irregularidad sobre esta materia no puede atribuirse a nadie ajeno al ámbito del empleador (la Universidad); y en cualquier caso esta cuestión resulta totalmente intranscendente a los efectos enjuiciados.

**OCTAVO.-** Con amparo procesal adecuado, la Universidad recurrente denuncia en el decimoctavo motivo de recurso, que la sentencia de instancia incurrió en violación de lo dispuesto en el artículo 23.2 de la Constitución, relativo a que los ciudadanos “tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes”. Argumento, igualmente, en esencia, que la actora pretende acceder a un puesto de trabajo en una Administración Pública al margen de los principios constitucionales de publicidad, mérito y capacidad que regulan dicho acceso. Concluye este motivo citando sentencia del TCT de 1º de marzo de 1988 (Ar. 2.133) que acompaña como prueba en la carpeta nº 19.

Y este motivo tampoco resulta acogible, porque más que un intento de la actora de acceder a un puesto de trabajo en una Administración Pública, lo que en realidad ha producido ha sido una rotura indebida por la recurrente del vínculo que había creado con aquélla, la cual ostentaba ya una

relación laboral de carácter indefinido, sin que resulta legítimo negarle la titularidad de un derecho que ya había consolidado, ya que de admitirse la tesis de la demandada ello equivaldría a que las Administraciones Públicas no respetarán la normativa general de Derecho del Trabajo, lo que provocaría la violación del principio constitucional de legalidad que se consagra en el artículo 9 de la Constitución. Y en cuanto a la invocada sentencia del TCT, ninguna relación guarda con el presente supuesto, ya que según se hace constar en la misma, desde que finalizó el contrato de trabajo que se había suscrito, se continuó con la prestación de servicios sin percibir retribución alguna; por lo que no se trata de supuestos jurídicos equiparables.

**NOVENO.-** Denuncia la Universidad demandada a través del oportuno cauce procesal, en el motivo decimonoveno de recurso, violación por la sentencia de instancia del artículo 27.10 de la Constitución, relativo al derecho fundamental a la autonomía universitaria, señalando que aquella resolución prescinde por completo de la actuación de la Comisión Ejecutiva, imputando lo actuado por la misma única y exclusivamente a la Universidad de A Coruña.

No puede acogerse dicha censura jurídica porque en el ejercicio de dicha autonomía universitaria, el organismo recurrente tiene que someterse al imperio de la Ley (propio de todo Estado de Derecho), debiendo respetar la normativa general, coyuntural y sectorial reguladora de las relaciones laborales; sin que dicha autonomía le permita mantener una relación, con todas las matizaciones y circunstancias propias de una relación laboral, sin respetar la normativa de esta naturaleza.

**DÉCIMO.-** La Entidad demandada, con adecuado amparo, denuncia violación por la sentencia de instancia del Real Decreto Legislativo 1.175/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueban las tarifas y la Instrucción del Impuesto sobre Actividades Económicas, tratando de encuadrar los trabajos realizados por la actora bajo los epígrafes correspondientes a “servicios mecanográficos, taquigráficos, de reproducción de escritos, planos y documentos”.

No puede ser acogido dicho motivo de recurso, porque como se desprende del relato probatorio que se recoge en el tercero de los fundamentos de la presente resolución, la actora prestaba servicios en un Departamento de la propia Universidad y usando material que dicha empleadora la facilitaba, con sujeción a un horario y a una retribución fija mensual; y al calificarse como laboral dicha relación no pudo haberse producido la infracción de la normativa citada.

**DECIMOPRIMERO.-** Finalmente la Universidad demandada en el vigésimo primero, y último, motivo de recurso, por el adecuado cauce procesal, denuncia infracción por aplicación indebida por la sentencia de instancia del artículo 44 del E.T., negando toda sucesión de empresa entre la recurrente y el Colegio de Decoradores e invocando una responsabilidad solidaria.

Tampoco resulta acogible este motivo, porque la Suplicación es un recurso de carácter extraordinario, de forma que la Sala queda sujeta, ineludiblemente, a la pauta marcada por las partes. En el presente caso, el Tribunal no puede extender la responsabilidad del despido al colegio de Decoradores codemandados, porque fue absuelto por la sentencia de instancia y la parte actora se aquietó con dicho pronunciamiento, y evidentemente, la Universidad, parte también demandada, no se halla legitimada para solicitar por vía de Suplicación la extensión de responsabilidad, en suma, la condena del citado Colegio, dada su posición procesal.

En cualquier caso, de una pausada lectura de los quince apartados del relato que la Sala declara probado, se observa como del Curso de Especialización de “Diseño de Interiores” que se impartió inicialmente, se ha pasado a un curso de POSGRADO, como Título propio de la Universidad, creándose también una Diplomatura en diseño e Interiorismo, todo ello gestionado fundamentalmente por la Universidad, habiéndose cerrado la cuenta correspondiente a ese inicial Curso de Especialización, y que con cargo al mismo fue inicialmente retribuida la actora, pasando la Universidad a ostentar la titularidad de los recursos económicos obtenidos, por ello desde el inicio del año 1998 es quien paga a la actora su contraprestación económica por los servicios prestados. Todo ello implica que si bien no se produjo una sucesión de empresa en los términos fijados en el art. 44 del E.T., porque el Colegio Oficial de Decoradores todavía continua formando parte de la Comisión Ejecutiva; sin embargo, el protagonismo cobrado por la Universidad, acaparando la práctica totalidad de la gestión de dichos cursos, reduce la presencia del citado Colegio a ser meramente testimonial –mero colaborador-, recayendo todo el peso de la gestión en la Universidad demandada.

Por cuantas razones se dejan expuestas, todos los motivos de recurso debe ser desestimados, pues existió relación laboral y, vigente la misma, la Universidad procedió a su rotura sin causa alguna que justificase la extinción de aquélla, dado que lo alegado en el escrito de cese de impedir la continuación de la relación por no encontrarse la

actora de alta en el RETA y en el IAE, es inadmisible e inaceptable, al concurrir todos los requisitos y condiciones para su encuadramiento en el Régimen General, como trabajadora por cuenta ajena de la Universidad de A Coruña, por lo que su cese es claramente constitutivo de despido, tal como acertadamente se declara en la sentencia recurrida.

**DECIMOSEGUNDO.-** Resta por examinar el recurso de la trabajadora, que inicialmente persigue incrementar la cuantía del salario fijado por la sentencia de instancia a los efectos del despido enjuiciado. Se trata de una cuestión, que tras algunas vacilaciones jurisprudenciales, puede ser examinado en el mismo proceso de despido, tal como se afirma por la doctrina jurisprudencial, entre otras, sentencia del Tribunal Supremo de fecha 8 de junio de 1998 (Ar. 5.114) en la que se señala que “el debate sobre cual debe ser el salario procedente es un tema de controversia adecuado al proceso de despido, pues se trata de un elemento esencial de la acción ejercitada sobre el que debe pronunciarse la sentencia y, en consecuencia, es en el proceso de despido donde debe precisarse el salario que corresponde al trabajador despedido sin que se desnaturalice la acción ni debe entenderse que se acumula a ella en contra de la Ley... una reclamación inadecuada”.

El citado recurso de la trabajadora cuenta con dos motivos –aunque en el mismo se diga ÚNICO:– En el primero, dedicado a la revisión fáctica se solicita por el cauce del apartado b) del artículo 190 de la Ley de Procedimiento Laboral –debe entenderse artículo 91 L.P.L.– la adición de un nuevo hecho probado –el octavo- con la siguiente redacción: “Que el salario que corresponde a una Secretaría Administrativa incardinada en el grupo III aplicando el II Convenio Colectivo de personal laboral de la Universidad Gallega es de 2.437.569 pesetas anuales lo que supone un salario mensual de 203.130 pesetas con prorrataeo de pagas extras, y de acuerdo con el Convenio Colectivo del personal laboral de Universidades 03.03.1993, el salario para el citado grupo sería de 2.392.538 pesetas anuales, lo que supone un salario mensual con prorrataeo de pagas extras de 199.461 pesetas”.

No puede acogerse este motivo de recurso, porque el Convenio Colectivo en el que se pretende apoyar la revisión, no resulta de aplicación al caso enjuiciado, ya que el mismo no fue firmado por la Universidad de A Coruña; además de las razones que se exponen en el siguiente Fundamento.

**DECIMOTERCERO.-** Denuncia la representación procesal de la trabajadora, a través

del cauce del apartado c) del artículo 190 de la Ley de Procedimiento laboral, errando nuevamente en la designación del artículo, debiendo entenderse 191 L.P.L., infracción por aplicación indebida del III Convenio Colectivo del personal laboral de las Universidades de 18 de octubre de 1996. Argumenta esta parte recurrente, en síntesis, que de acuerdo con dicho convenio el salario que corresponde a la actora es de 2.2.66.524 pesetas para el año 1995, más los incrementos sucesivos fijados en las Leyes de Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Galicia; llegando a la conclusión de que el salario que ha de tenerse en cuenta a los efectos del despido enjuiciado es de 203.130 ptas./mes.

El motivo no puede acogerse en base a una doble consideración: por un lado, se denuncia la infracción genérica del III Convenio Colectivo, sin citar la norma o normas concretas que considera infringidos. Además, reclama un salario mensual íntegro y no proporcional a la jornada reducida de cuatro horas diarias (24 horas semanales) que, en realidad, y tal como consta acreditado, era la jornada que venía realizando la actora. Por otra parte, y con independencia de que el citado Convenio fuese o no de aplicación, lo cierto es que la actora inicialmente desde el año 1993 hasta el mes de enero de 1998, era retribuida con cargo a los fondos económicos de los cursos; y cuando, a partir del curso de 1998, la actora es retribuida con cargo al CIF de la Universidad, de lo que se desprende que la contraprestación económica de la demandante siempre estuvo relacionada con los Cursos Organizados; y a pesar de su jornada reducida, su retribución siempre fue superior al Salario Mínimo Interprofesional. Por todo ello el recurso de la actora tampoco puede ser acogido.

**DECIMOCUARTO.-** Todo cuanto se deja razonado, conduce a la desestimación de los recursos de ambas partes recurrentes y, en definitiva, a la confirmación del fallo que se combate; con las consecuencias para la Universidad recurrente previstas en los artículos 202.1.3. y 4 y 233.1 ambos de la Ley de Procedimiento Laboral, esto es, la pérdida del depósito necesario constituido para recurrir, al que se dará el destino legal, una vez que haya adquirido firmeza la presente resolución; manteniéndose el aseguramiento prestado mediante aval y se condena a dicha recurrente a que abone a la parte contraria, en concepto de honorarios de su Abogado, la cantidad de veinticinco mil pesetas. En consecuencia:

#### **Fallamos**

Que desestimando los recursos de Suplicación interpuestos por las representaciones procesales

de las partes actora doña E.P.M. y de la demandada Universidad de A Coruña, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número TRES de A Coruña, de fecha veintidós de septiembre de mil novecientos noventa y nueve, en proceso sobre despido seguido a instancia de la demandante antes citada contra la Universidad de A Coruña y el Colegio Oficial de Decoradores, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la sentencia recurrida. Se decreta la pérdida del depósito necesario constituido por la Universidad para recurrir, al que se dará el destino legal, una vez haya adquirido firmeza la presente resolución; manteniéndose el aseguramiento prestado. Y se condena a dicha recurrente a que abone a la parte actora, en concepto de honorarios de su abogado, la cantidad de veinticinco mil pesetas.

### **2961 RECURSO N° 1.170/00**

S. S.

#### **IMPOSIBILIDADE DE EXECUTAR POLOS TRÁMITES DE EXECUCIÓN DE SENTENCIAS O ACORDO CONCILIATORIO OBTIDO EN PROCESOS DE CONFLICTO COLECTIVO.**

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

A Coruña, a dieciséis 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. 1.170/00 interpuesto por "S.C., S.A." contra el Auto del Juzgado de lo Social núm. dos de La Coruña.

#### **Antecedentes De Hecho**

**PRIMERO.-** El 26.10.98, doña E.C.H., don J.C.V., doña M.C.G.B., doña C.M.F., doña N.M.P., doña M.C.I.A. y don J.L.V.L., como miembros del comité de empresa de "S.C., S.A", formularon demanda de conflicto colectivo contra dicha sociedad con el fin de "...se dicte sentencia en la que, con estimación de la demanda se declare la nulidad de la modificación practicada por incumplimiento de forma, falta de preaviso y reseña de razones en que basarla; debiendo reponer a los trabajadores en sus anteriores

horarios de trabajo, en idénticas condiciones a las que regían con anterioridad a la citada modificación, o subsidiariamente, injustificada al no alegarse ningún tipo de razón en que basarla. Condenando a la demandada a estar y pasar por dicho pronunciamiento y a darle efectivo cumplimiento”.

SEGUNDO.- En la conciliación (autos nº 854/98) efectuada ante el Juzgado de lo Social nº 2 de La Coruña de 18.11.98 se produjo avenencia en los siguientes términos: “Que ambas partes se comprometen a abrir una mesa negociadora, dentro de la segunda quincena del mes de enero del año 1999, para tratar el tema de los horarios, vacaciones y calendario laboral en general. En relación con la modificación operada en oficinas, la empresa reconocer el carácter temporal de la misma, hasta que se construya el comedor fecha en que serán repuestos a su anterior jornada. Si a fecha 30.06.99 dicho evento no se hubiese producido será de aplicación una compensación económica cuyo importe individualizado será negociado con el comité. Además a dicha fecha habrán de estar cumplimentados los trámites administrativos para la construcción del citado comedor. En todo caso si a fecha 30.10.99 aún no se hubiese podido construir el citado comedor, las partes se comprometen a iniciar conversaciones a fin de negociar la jornada”.

TERCERO.- El 01.09.99 los demandantes presentaron escrito al juzgado, y después de exponer “que a pesar las reiteradas negociaciones mantenidas entre el comité y la empresa, no se ha alcanzado acuerdo alguno por lo que interesa al derecho de esta parte que por ese juzgado se cite de comparecencia a las partes, a fin de que por la empresa ejecutada se proceda a cumplimentar lo acordado en el acto de conciliación judicial celebrado en fecha 18.11.98”, solicitaron “tenga por instada la presente ejecución en los términos arriba expuestos”. El auto de 07.09.99 decidió: “Se decreta la ejecución (nº 138/99-E) de lo acordado en acto de conciliación de fecha 18.11.98, solicitada por los actores, doña E.C.H. y otros, requiriéndose al representante legal de la entidad demandada “S.C., SA”, para que en el plazo de tres días cumpla lo convenido”. La empresa formuló recurso de reposición, que fue impugnado por la parte contraria.

CUARTO.- La providencia de 25.10.99 decidió: “Antes de acordar sobre la resolución del recurso de reposición interpuesto, se cita de comparecencia a las partes el día 2-noviembre-1999, a las 11,30 horas, para alegar y probar cuando a su derecho convenga (art. 236 de la L.P.L.) debiendo acreditar la parte actora en legal forma que cuenta con la conformidad del nuevo comité de empresa”. La vista se celebró en la fecha y hora indicadas con asistencia de las partes. Por la parte actora asistió el comité de empresa formado por don J.G.P., don L.M.D.T.,

doña J.O.L. y doña J.G.B. El auto de 07.12.99 decidió: “Se acuerda desestimar el recurso de reposición interpuesto por la representación procesal de “S.C., SA” contra el auto de fecha 07.09.99, el cual se confirma en su integridad. Se acuerda, con respecto a los trabajadores de oficinas (central), el inmediato retorno al anterior horario de trabajo. Se acuerda, con respecto a los restantes trabajadores afectados por el conflicto, conceder un plazo de 3 días a las partes a fin de acreditar documentalmente lo expuesto en el fundamento jurídico 4º de la presente resolución para, en caso contrario, conceder la indemnización procedente a los mismos de conformidad con el art. 18.2 de la L.O.P.J.”. El fundamento de derecho cuarto del auto indicado, dice: “Por lo que se refiere a los restantes trabajadores de la empresa, la primera parte del acuerdo conciliatorio expone que ambas partes se comprometen a abrir una mesa negociadora dentro de la segunda quincena del mes de enero de 1999 para tratar el tema de horarios, vacaciones y calendario laboral en general sin que por ninguna de las partes en conflicto se haya aportado prueba alguna en relación con la existencia de la mesa negociadora, reconociendo los actores en el escrito de ejecución la existencia de ‘reiteradas negociaciones’, aportándose, sin embargo, actas de sesión de fecha posterior (29.06.99 y 17.11.99) en las que tampoco se trataba sobre dicho tema, por lo que procede posponer la resolución de este tema concediendo a las partes el término de 3 días para que acrediten documentalmente la existencia de la mesa negociadora en la segunda quincena del mes de enero de 1999 a fin de proceder a aplicar, en caso contrario, lo dispuesto en el art. 18.2 de la L.O.P.J., con condena a la empresa de la indemnización que sea procedente por su incumplimiento”.

QUINTO.- El auto de 22.12.99 decidió: “Se acuerda que la empresa demandada deberá indemnizar a cada uno de los trabajadores afectados por el conflicto, excepto los de oficinas (central) en la cantidad que resulte de multiplicar por 30 el valor de la hora extra mínima en cada categoría profesional, según la que posea cada trabajador”. La providencia de 30.12.99 decidió: “Visto el contenido del escrito presentado por la parte demandada, interponiendo recurso de reposición contra el auto de 22.12.98 (sic), no se admite por no cabrer recurso contra dicho auto, devolviéndole el escrito presentado”. El auto de 07.01.00 decidió: “Se inadmite a trámite el recurso de reposición interpuesto contra la providencia de 30.12.99”. La empresa formuló recurso de suplicación contra la providencia de 30.12.99. El auto de 10.01.00 decidió: “Se tiene por no anunciado el recurso de suplicación. Devuélvase la cantidad depositada (25.000 pts.) al recurrente expidiéndose el correspondiente

mandamiento de devolución". Esta sala, por auto de 03.02.00 decidió: "Estimar el recurso de queja interpuesto por "S.C., SA" y revocar el auto de 10.01.00, dictado por el Juzgado de lo Social número 2 de A Coruña, en el procedimiento seguido en el mismo con el nº 854/98, y en consecuencia se tenga por admitido recurso de suplicación, siempre que se cumplan los demás requisitos legales".

### **Fundamentos De Derecho**

**PRIMERO.**- "S.C., SA" recurre el auto de 22.12.99, complementario del de 07.12.99, que desestimó su reposición contra el de 07.09.99 que acordó la ejecución del acuerdo conciliatorio judicial en proceso de conflicto colectivo y le condenó a abonar una indemnización a favor de la mayor parte de los trabajadores afectados por aquél, y solicita con amparo procesal correcto reponer los autos al estado en que se encontraban en el momento de haberse infringido normas o garantías del procedimiento que ocasionaron su indefensión, por entender que vulnera: A) Los artículos 68, 154.2, 235, 237 y 239 de la Ley de procedimiento laboral (LPL) pues, a diferencia de lo que ocurre con las demás conciliaciones, judiciales o extrajudiciales, lo acordado en la conciliación de los procesos de conflictos colectivos no tiene más eficacia que la del convenio colectivo y, por tanto, no constituye título habilitante para posibilitar una ejecución judicial. B) El artículo 24 de la Constitución, pues la tramitación posterior a la decisión judicial de ejecución denegó el acceso a los recursos, hasta el punto de devolver los escritos correspondientes a los mismos sin dejar copia de ellos en los autos.

**SEGUNDO.**- La primera cuestión planteada consiste en determinar si el trámite de ejecución de sentencias es el idóneo para lograr la efectividad del acuerdo adoptado en conciliación judicial celebrada en autos sobre conflicto colectivo. En el caso, dicha avenencia consistió en: "Que ambas partes se comprometen a abrir una mesa negociadora, dentro de la segunda quincena del mes de enero del año 1999, para tratar el tema de los horarios, vacaciones y calendario laboral en general. En relación con la modificación operada en oficinas, la empresa reconocer el carácter temporal de la misma, hasta que se construya el comedor fecha en que serán repuestos a su anterior jornada. Si a fecha 30.06.99 dicho evento no se hubiese producido será de aplicación una compensación económica cuyo importe individualizado será negociado con el comité. Además a dicha fecha habrán de estar cumplimentados los trámites administrativos para la construcción del citado comedor. En todo caso si a fecha 30.10.99 aún no se hubiese podido construir el citado comedor, las partes se comprometen a iniciar conversaciones a fin de

negociar la jornada". El artículo 68 LPL establece, como norma general, que "lo acordado en conciliación tendrá fuerza ejecutiva entre las partes intervinientes sin necesidad de ratificación judicial ante el juez o tribunal, pudiendo llevarse a efecto por el trámite de ejecución de sentencias". De este modo, se equiparan conciliación judicial y extrajudicial a los fines de proteger y garantizar lo que en una y otra se acuerde, al tiempo que se fija el trámite ejecutivo señalado para lograr su efectividad plena. Sin embargo, este principio general no es absoluto: El artículo 154.2 LPL, sobre proceso de conflictos colectivos de que ahora se trata, establece una excepción cuando dispone que "lo acordado en la conciliación tendrá la misma eficacia atribuida a los convenios colectivos por el artículo 82 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, siempre que las partes que concilien ostenten la legitimación y adopten el acuerdo conforme a los requisitos exigidos por la citada norma. En tal caso se enviará copia de la misma a la autoridad laboral". De este modo, siempre que se cumplan las condiciones representativas y demás presupuestos exigidos por el citado artículo 82 ET, que en el caso no se discuten, la avenencia conciliatoria en conflicto colectivo ostenta la naturaleza y le corresponde el régimen jurídico de convenio colectivo estatutario, cuya aplicación e interpretación se resuelve en vía jurisdiccional a través del cauce procesal de los conflictos colectivos según prevé el artículo 91 ET, sin perjuicio de las soluciones extrajudiciales previstas en la misma norma, trámite aquél también aplicable a la impugnación de convenios colectivos de acuerdo con el artículo 151 LPL. Lo consignado nos lleva a estimar el presente motivo de recurso, porque aunque los términos específicos del acuerdo adoptado por los litigantes son compatibles con la reclamación de su inmediato y efectivo cumplimiento, no es idóneo a tal fin el trámite de ejecución de sentencias del artículo 235 y siguientes LPL, como en principio correspondería según el transrito artículo 68 LPL; además, nuestra decisión es consecuente con la naturaleza simplemente declarativa de la acción de conflicto colectivo (TS ss. 21.12.90, 30.06.94), ámbito en el cual se suscribió la avenencia referida.

**TERCERO.**- La segunda denuncia jurídica no es aceptable, porque los antecedentes de hecho de la presente sentencia -y más aún las actuaciones- contienen muestras suficientes de haberse garantizado el derecho de defensa de la empresa recurrente. Otra cosa es que, por ley, no proceda la impugnación de determinadas resoluciones judiciales, en cuyo supuesto resulta innecesario aportar a los autos la copia testimoniada del respectivo escrito recurso, por sí inadmisible, o que el tribunal superior corrija alguna impugnación indebidamente inadmitida en la

instancia; en uno y otro caso, se evita la indefensión y se aplica efectivamente el principio de tutela judicial constitucionalmente previsto. Por todo ello,

#### **Fallamos**

Estimamos el recurso de suplicación de “S.C., SA” contra el Auto del Juzgado de lo Social nº 2 de A Coruña, de 22 de diciembre de 1999 en autos nº 854-98/ ejecución nº 138-99-E, declaramos inaplicable el trámite de ejecución de sentencia como medio para lograr la efectividad del acuerdo conciliatorio judicial de 18 de noviembre de 1999 y dejamos sin efecto las actuaciones ejecutivas desde el auto de 7 de septiembre de 1999, incluido éste.

### **2962 RECURSO N° 2.052/00**

S. S.

#### **DETERMINACIÓN DOS CONCEPTOS SALARIAIS DESCONTABLES EN CASO DE FOLGA.**

Ponente: Ilmo. Sr. Don José María Cabanas Gancedo

A Coruña, a dieciocho 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 nº 2.052/00 interpuesto por don J.J.LL. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de Vigo.

#### **Antecedentes de hecho**

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 36/00 se presentó demanda por don J.J.LL., don F.J.G.N. y don M.G.O. en reclamación de conflicto colectivo siendo demandado el “I.F., S.A.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 3 de marzo 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.- En fecha 20 de enero del presente año se presentó demanda de conflicto colectivo por parte de don J.J.LL., don F.J.G.N. y don M.G.O.,

en su calidad de delegados sindicales en la empresa demandada por la Confederación Intersindical Galega, contra la empresa “I.F., S.A.”, alegando sustancialmente: que los trabajadores del taller y parte del personal de oficina, a los que afectaba el conflicto, habían estado de huelga los días 4 a 8 de junio, 3 horas diarias los días 13 a 15 de octubre y todo el día los días 18 al 28 de octubre, que desde hace años vienen percibiendo un plus de productividad en cuantía más o menos fija del 15% del salario base más incentivos; que la empresa en junio descontó dicho plus a los afectados por el conflicto en cuantía superior a la que procedería proporcionalmente por los días de huelga y que en octubre no llegó siquiera a abonársela; que consideran que dicho descuento en cuantía superior a la que proporcionalmente procedería por los días de huelga tiene como motivo represaliar a quiénes participaron en la huelga. Y suplican que se dicte sentencia declarando “o dereito do persoal afectado por el conflicto, a que o desconto operado sobre o plus de productividad en periodo de folga sea o desconto proporcional ás horas de folga e parte proporcional de sábados e domingos en equidad s demás conceptos salariais, condenando á demandada a abonar as cantidades descontadas, a maiores, así como a estar e pasar por tal declaración.”- Segundo. El personal de taller estuvo de huelga los días 4 a 8 de junio, ambos inclusive, y 18 a 28 de octubre, ambos inclusive, y 3 horas diarias los días 13, 14 y 15 de octubre. Por dichos días de huelga la empresa no les abonó el denominado “plus de productividad” en el mes de octubre, y en junio les dedujo de dicho plus una cantidad superior a la que correspondería, de seguirse un criterio proporcional, a los días y horas en que estuvieron de huelga. Tercero.- el personal de taller (no consta que lo perciba el de oficinas) viene percibiendo una retribución denominada “plus de productividad” que fue instaurado por la empresa de forma voluntaria hace más de 15 años y que en un principio era del 33% del salario base mas incentivos y gratificación voluntaria, en 1989 se rebajó al 26% y al menos desde 1991 es del 15% de dichos conceptos retributivos.- Cuarto.- Dicho plus lo abona la empresa teniendo en cuenta diversos factores tales como los días efectivamente trabajados, los resultados generales de la empresa, la producción global, las horas efectivas de presencia, etc. En vacaciones abona el 15% por los días efectivamente trabajados; en caso de incapacidad temporal no llega a abonar el 15% del plus correspondiente al salario, incentivos y gratificación voluntaria de los días efectivamente trabajados sino que abona menos llegando incluso a la mitad; en 1991 en que los trabajadores estuvieron de huelga 5 días en abril, abonó por dicho plus menos del 6% de los conceptos sobre los que se integra de los días

efectivos de trabajo, y en mayo en que estuvieron 13 días de huelga no llegó a abonar ni el 3% de dichos conceptos. Y en julio de 1994 al menos 6 trabajadores que estuvieron varios días de huelga no cobraron el citado plus.- Quinto.- La empresa abona a sus trabajadores una retribución global superior a la prevista en el convenio colectivo del sector.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que desestimando la excepción de inadecuación de procedimiento alegada por la empresa “I.F., S.A.” y desestimando asimismo la demanda interpuesta por don J.J.L.L., don F.J.G.N. y don M.G.O., en su calidad de delegados sindicales en dicha empresa por la Confederación Intersindical Galega, debo absolver y absuelvo a la citada demandada 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 pase de los mismos al ponente.

### **Fundamentos De Derecho**

PRIMERO.- Disconforme el demandante don J.J.L.L. con que, en la sentencia de instancia, se desestime el escrito inicial -dirigido a que se declare el derecho del personal, afectado por el conflicto colectivo planteado, a que el descuento, operado sobre el plus de productividad en periodo de huelga, sea proporcional a las horas de ésta y parte proporcional de sábados y domingos, en equidad con los demás conceptos salariales; condenando a la empresa demandada a abonar las cantidades descontadas a mayores...-, formula recurso de suplicación, por la vía del apartado c) del artículo 191 del TRLPL, denunciando infracción, por interpretación errónea, del artículo 26.3 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el 28.2 de la Constitución.

SEGUNDO.- Dos son los aspectos, de interés para resolver la cuestión debatida, a la vista de los concretos términos, en que ésta se plantea: a) que, en principio, en caso de huelga, el empresario, solamente podrá descontar a los trabajadores, en ella participantes, sus retribuciones -con inclusión en ellas de las gratificaciones extraordinarias y participación de beneficios, y de su repercusión en los descansos, semanales y festivos-, correspondientes al tiempo de su duración, pues, según determina el artículo 6.2 del Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, durante la huelga, se entenderá suspendido el contrato de trabajo y el trabajador no tendrá derecho al salario, y, según señala el artículo 45.1.1) del Estatuto de los Trabajadores, podrá suspenderse, entre otras causas, por el ejercicio del derecho de huelga -así lo indica,

igualmente, la doctrina jurisprudencial (sentencias del Tribunal Supremo de 24 de enero y 18 de abril de 1994, etc.); y b) que lo anteriormente expuesto, es solamente aplicable, según se desprende de lo dispuesto en el artículo 26.3 del Estatuto de los Trabajadores, a los casos en que el salario base, y, en su caso, los complementos salariales fijados en función de circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador, al trabajo realizado o a la situación y resultados de la empresa, calculados conforme a los criterios que a tal efecto se pacten, tengan -porque así se concertó mediante la negociación colectiva o, en su defecto, el contrato individual-, carácter consolidable; pero no, en cambio, a aquéllos en que no tengan tal carácter, entre los que se hallan, salvo acuerdo en contrario, los que estén vinculados al puesto de trabajo o a la situación y resultados de la empresa. TERCERO.- Pretende el recurrente, que se declare el derecho del personal afectado por el conflicto colectivo, a que el descuento, operado sobre el denominado “plus de productividad”, con ocasión de la huelga, que tuvo lugar en la empresa demandada, debe ser proporcional a las horas de huelga y a la parte proporcional de sábados y domingos, en equidad a los demás conceptos salariales -sucede que el personal de taller de aquélla, estuvo de huelga, del 4 al 8 de junio de 1999, ambos inclusive, tres horas diarias los días 13, 14 y 15 de octubre de 1999, y del 18 al 28, ambos inclusive, de estos mes y año; y que la empresa, en el mes de junio, les dedujo de dicho plus una cantidad, superior a la que les correspondería de seguirse un criterio proporcional a los días en que estuvieron de huelga; y, en el mes de octubre, no lo abonó-; pero, estimando la sala que el citado plus no tenía el carácter de consolidable, pues, ni consta que existiere algún acuerdo en tal sentido; ni se llega a esta conclusión a la vista de sus características -lo abonaba la empresa, según se expone en la relación fáctica, no controvertida, de la resolución impugnada, teniendo en cuenta diversos factores, tales como los días efectivamente trabajados, los resultados generales de la misma, la producción global, las horas efectivas de presencia, etc.; y también, a la vista de la cuantía y forma en que lo venía abonando- fue instaurado, según se señala en dicha relación, por la empresa, en forma voluntaria, hace más de 15 años, siendo, en principio, del 33% del salario base, más incentivos y gratificación voluntaria; se rebajó el 26% en 1989, y al 15% en 1991; y se abonaba en vacaciones, el 15%, por los días efectivamente trabajados; en los casos de incapacidad temporal, sin alcanzar el 15%, por los días efectivamente trabajados; llegándose, incluso, a la mitad; en 1991, en que los trabajadores estuvieron cinco días de huelga en el mes de abril, menos del 6%; en mayo de este año, en que duró la huelga 13

días, no llegó al 3%; y no se abonó en julio de 1994, en que, al menos seis trabajadores, estuvieron varios días de huelga; no existe base para inferir que el mismo formare parte de la estructura del salario de los trabajadores, que tomaron parte en la huelga; y, por lo tanto, carecen de derecho para llevar a cabo la reclamación, que plantean.

CUARTO.- Lo anterior lleva a la desestimación del recurso y a la confirmación del fallo de la resolución impugnada. Por lo expuesto,

### **Fallamos**

Que, con desestimación del recurso de suplicación, planteado por don J.J.L.L., contra la sentencia, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de lo Social nº 1 de Vigo, en fecha 3 de marzo de 2000; debemos confirmar y confirmamos el fallo de la misma.

## **2963 RECURSO N° 1.714/00**

S. S.

### **INEXISTENCIA DE CADUCIDADE DA ACCIÓN DE DESPEDIMENTO.**

PONENTE: Ilmo. Sr. Don J. García Amor

A Coruña, a veintidós 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 nº 1.714/00 interpuesto por "C.B., S.A.", contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de Santiago.

### **Antecedentes de hecho**

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 774/99 se presentó demanda por doña M.L.B.S. en reclamación de despido siendo demandado la empresa "C.B., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 14 de enero de dos mil por el juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1º.- La demandante, mayor de edad, prestó servicios por cuenta de la mercantil "C.B., S.A.", dedicada a la actividad del precocinado, con

domicilio social en C/... Ribeira, habiendo desarrollado las funciones propias de la categoría de peón de la sección de varios desde el inicio de la relación contractual, que se fija en el día 01.09.92, categoría a la que correspondió en el año 1999 un salario mensual de 90.320 ptas. con prorratoe de pagas extraordinarias, de acuerdo con el vigente convenio colectivo de la empresa, si bien la demandante percibió en el ejercicio de 1998 la suma de 1.346.015 ptas. (de donde resulta un salario mensual prorratoeado de 112.168 ptas.) y en el período de tiempo trabajado del año 1999, ingresó en nómina la cantidad de 716.540 ptas. es decir a razón de 3.023 ptas. diarias en función de los 237 días efectivamente trabajados./2º.- La relación laboral mantenida por las partes se ha producido como sigue: 1.- En fecha 01.09.92 las partes suscribieron contrato de trabajo de duración determinada al amparo del Real Decreto 2.104/1984 de 21.9, para obra o servicio determinado cuyo objeto era la limpieza de una partida de 300 Tm. de vaina de pota sucia y el envasado y carga de la misma. La actora causó baja en la TGSS el 14.12.92./2.- En fecha 01.02.93, las partes suscribieron contrato de trabajo de duración determinada al amparo del Real Decreto 2.104/84, de 21.9, para obra o servicio determinado cuyo objeto era la preparado y la limpieza de una partida de 300 Tm. de vaina de pota y el envasado y carga de la misma. La actora causó baja en la TGSS el 30.06.93./3º.- En fecha 8 de julio de 1993 las partes suscribieron contrato de trabajo de duración determinada al amparo del Real Decreto 2.104/84, de 21.9, para obra o servicio determinado cuyo objeto era el preparado y la limpieza de una partida de 300 Tm. de vaina de productos precocinados. La actora causó baja en la TGSS el 29.12.93./4º.- En fecha 17.01.84 las partes suscribieron contrato de trabajo de duración determinada al amparo del Real Decreto 2.104/84, de 21.9, para obra o servicio determinado cuyo objeto era el preparado y la limpieza de una partida de 300 Tm. de vaina de productos precocinados. La actora causó baja en la TGSS el 29.12.94./5º.- En fecha 8 de agosto de 1994, las partes suscribieron contrato de trabajo de duración determinada al amparo del Real Decreto 2.104/84, de 21.9, para obra o servicio determinado cuyo objeto era el preparado y la limpieza de una partida de 300 Tm. de vaina de productos precocinados. La actora causó baja en la TGSS el 04.11.94./6º.- En fecha 8 de noviembre de 1994, las partes suscribieron contrato de trabajo de duración determinada al amparo del Real Decreto 2.104/84, de 21.9, para obra o servicio determinado cuyo objeto era el fileteado y preparado de una partida de 200 Tm. de pescados planos. La actora causó baja en la TGSS el 24.03.95./7º.- En fecha 27 de marzo de 1995, las partes suscribieron contrato de trabajo de duración determinada al amparo del Real Decreto

2.104/84, de 21.9, para obra o servicio determinado cuyo objeto era la elaboración de una partida de 200 Tm. de productos varios. La actora causó baja en la TGSS el 11.12.95./8º.- En fecha 12 de diciembre de 1995, las partes suscribieron contrato de trabajo de duración determinada al amparo del Real Decreto 2.546/94, de 29.12, para obra o servicio determinado cuyo objeto era la elaboración de una partida de 100 Tm. de productos varios. La actora causó baja en la TGSS el 31.12.95./9º.- En fecha 8 de enero de 1996, las partes suscribieron contrato de trabajo de duración determinada al amparo del Real Decreto 2.546/94, de 29.12, para obra o servicio determinado cuyo objeto era la elaboración de una partida de 150 Tm. de paella. La actora causó baja en la TGSS el 20.09.96./10º.- En fecha 23 de septiembre de 1996, las partes suscribieron contrato de trabajo de duración determinada al amparo del Real Decreto 2.546/94, de 29.12, para obra o servicio determinado cuyo objeto era la elaboración de una partida de 150 Tm. de paella. La actora causó baja en la TGSS el 09.12.96./11º.- En fecha 17 de enero de 1997, las partes suscribieron contrato de trabajo de duración determinada al amparo del Real Decreto 2.546/94, de 29.12, para obra o servicio determinado cuyo objeto era la elaboración de una partida de 50 Tm. de rodaja de merluza. La actora causó baja en la TGSS el 07.11.97./12º.- En fecha 11 de noviembre de 1997, las partes celebraron contrato de trabajo de duración determinada al amparo del art. 15 del E.T. según la redacción dada por el Real Decreto Ley 9/1979 de 16 de mayo, y el Real Decreto 2.546/94 de 29.12, cuyo objeto era la elaboración de 30 tm. de paella y anilla blanca. La demandante causó baja en la TGSS el 27.02.98./13º.- En fecha 02.03.98, las partes celebraron contrato de trabajo de duración determinada al amparo del art. 15 del E.T. según la redacción dada por el Real Decreto Ley 9/1979 de 16 de mayo, y el Real Decreto 2.546/94 de 29.12, cuyo objeto era la elaboración de 30 tm. de paella de mariscos y frutos del mar. La demandante causó baja en la TGSS el 27.04.98./14º.- En fecha 04.05.98, las partes celebraron contrato de trabajo de duración determinada al amparo del art. 15 del E.T. según la redacción dada por el Real Decreto Ley 9/1979 de 16 de mayo, y el Real Decreto 2.546/94 de 29.12, cuyo objeto era la elaboración de 40 tm. de paella de filete empanado y triturado y empacado de 100 tm. de alas. La demandante causó baja en la TGSS el 30.07.98./15º.- En fecha 3 de agosto de 1998, las partes celebraron contrato de trabajo de duración determinada al amparo del art. 15 del E.T. según la redacción dada por el Real Decreto Ley 9/1979 de 16 de mayo, y el Real Decreto 2.546/94 de 29.12, cuyo objeto era el empacado de 125 tm. de alas. La demandante causó baja en

la TGSS el 17.3.99./16º.- En fecha 22 de marzo de 1999, las partes celebraron contrato de trabajo de duración determinada al amparo del art. 15 del E.T. según la redacción dada por el la Ley 63/97, de 26 de diciembre y el Real Decreto 2.720/98, de 18 de diciembre, cuyo objeto era la limpieza y procesado de 200 tm. de merluza, lenguado y bacalao. La demandante causó baja en la TGSS el 15.04.99./17º.- En fecha 19 de abril de 1999, las partes celebraron contrato de trabajo de duración determinada al amparo del art. 15 del E.T. según la redacción dada por el la Ley 63/97, de 26 de diciembre y el Real Decreto 2.720/98, de 18 de diciembre, cuyo objeto era la elaboración de 200 tm. de paella y reciclado de 100 Tm. de empanadillas. La demandante causó baja en la TGSS el 14.05.99./18º.- En fecha 18 de mayo de 1999, las partes celebraron contrato de trabajo de duración determinada al amparo del art. 15 del E.T. según la redacción dada por el la Ley 63/97, de 26 de diciembre y el Real Decreto 2.720/98, de 18 de diciembre, cuyo objeto era la elaboración y viscerado de 40 Tm. de filete de lenguado y rodaja de merluza. La demandante causó baja en la TGSS el 18.06.99./19º.- En fecha 19 de julio de 1999, las partes celebraron contrato de trabajo de duración determinada al amparo del art. 15 del E.T. según la redacción dada por el la Ley 63/97, de 26 de diciembre y el Real Decreto 2.720/98, de 18 de diciembre, cuyo objeto era la elaboración de 90 tm. de rodaja tintorera. La demandante causó baja en la TGSS el 13.08.99./20º.- En fecha 16 de agosto de 1999, las partes celebraron contrato de trabajo de duración determinada al amparo del art. 15 del E.T. según la redacción dada por el la Ley 63/97, de 26 de diciembre y el Real Decreto 2.720/98, de 18 de diciembre, cuyo objeto era cortar 60 tm. de anilla blanca. La demandante causó baja en la TGSS el 10.09.99./21º.- En fecha 13 de septiembre de 1999, las partes celebraron contrato de trabajo de duración determinada al amparo del art. 15 del E.T. según la redacción dada por el la Ley 63/97, de 26 de diciembre y el Real Decreto 2.720/98, de 18 de diciembre, cuyo objeto era el envasado de 40 tm. de sardina. La demandante causó baja en la TGSS el 08.10.99./3º.- La demandante estuvo prestando sus servicios por cuenta de la empresa demandada de forma ininterrumpida desde el inicio de la secuencia contractual relacionada anteriormente pese a ser dada de baja de manera formal por ésta ante la TGSS, desempeñando las funciones inherentes a la categoría profesional de Peón de la sección de varios en el desarrollo de la actividad ordinaria de la empresa correspondiente a dicha categoría./4º.- La trabajadora percibió sus salarios, de acuerdo con lo estipulado en nómina más, aparte, determinada cantidad –que no se puede especificar respecto del año 1999- a través de una determinada entidad bancaria sin obtener recibo de la misma./5º.- La empresa procedió, a

partir del 8 de octubre de 1999, a la reparación y cambio de la maquinaria de la factoría, paralizándose alguno de los equipos que conformaban las líneas de producción de la misma (fritos, varios y pota), esencialmente compuestos por peones que, en su mayoría, según el libro de matrícula del personal fue dado de baja en la sociedad. De este modo, la actora, que había recibido de la empresa un documento fechado el 20.09.99 y en cuya virtud se le comunicaba que el día 06.10.99 finalizaba el objeto de su contrato de trabajo suscrito el 13.09.99 y por tanto quedaría rescindida en la citada fecha la relación laboral a todos los efectos, habiendo cesado efectivamente en su trabajo el día 08.10.99 y una vez que la compañía –reanudada la actividad laboral el 1º de noviembre de 1999- no la llamó para continuar en el desempeño de su profesión, acudió con la Sra. T.G. a la fábrica en fecha 08.11.99 para interesarse por su situación, siendo así que uno de los Encargados, no identificado, le dijo que no la readmitían./6º.- la demandante no ha ostentado la condición de representante legal o sindical de los trabajadores./7º.- Celebrado acto de conciliación ante el SMAC de la Xunta de Galicia el 19.11.99, devino sin avenencia.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que estimando como estimo la demanda promovida por doña. M.L.B.S. frente a la empresa “C.B., S.A.”, debo declarar y declaro la improcedencia del despido de que fue objeto la actora y condeno a la mencionada mercantil a que opte entre la readmisión de la trabajadora demandante en su puesto de trabajo o el abono de la cantidad de UN MILLÓN DOSCIENTAS SEIS MIL TRESCIENTAS SESENTA Y CINCO PESETAS (1.206.365 ptas.) en concepto de indemnización, opción que deberá ejercitarse en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente sentencia, mediante escrito o comparecencia ante este juzgado, advirtiéndole de que de no realizarla se entenderá que procede la primera, con abono en ambos casos de la cantidad de DOSCIENTAS SETENTA Y SEIS MIL SEISCIENTAS OCIENTA Y SEIS PESETAS (276.686 ptas.) en concepto de salarios de tramitación, más una suma diaria de TRES MIL SETECIENTAS TREINTA Y NUEVE PESETAS (3.739 ptas.) desde la fecha de esta sentencia hasta la notificación de la misma a la empresa”.

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.- “C.B., S.A.” recurre la sentencia de instancia, que declaró improcedente el despido de la trabajadora demandante, 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) Sustituir el hecho probado 1º (“La demandante, mayor de edad, prestó sus servicios por cuenta de la mercantil “C.B., S.A.”, dedicada a la actividad económica del precocinado, con domicilio social en la c/... de Ribeira, habiendo desarrollado las funciones propias de la categoría profesional de peón de la sección de varios desde el inicio de la relación contractual, que se fija en el día 1 de septiembre de 1992, categoría a la que correspondió en el año 1999 un salario mensual de 90.320 ptas. con inclusión de la parte proporcional de las pagas extraordinarias, de acuerdo con el vigente convenio colectivo de la empresa, si bien la demandante percibió en el ejercicio de 1998 la suma total de 1.346.015 ptas -de donde resulta un salario mensual prorratoeado de 112.168 ptas.- y, en el período de tiempo trabajado del año 1999, ingresó en nómina la cantidad de 716.540 ptas., es decir, a razón de 3.023 ptas. diarias en función de los 327 días efectivamente trabajados”), por los siguientes términos: “La demandante, mayor de edad, prestó sus servicios por cuenta de la mercantil “C.B., S.A.”, dedicada a la actividad económica del precocinado, con domicilio social en la c/... de Ribeira, habiendo desarrollado las funciones propias de la categoría profesional de peón en los diversos contratos de trabajo suscritos con la demandada “C.B., S.A.”, siendo su antigüedad de fecha 13 de septiembre de 1999, a cuya categoría correspondió en el año 1.999 un salario mensual de 90.320 ptas. con inclusión de la parte proporcional de las pagas extraordinarias, de acuerdo con el vigente convenio colectivo de la empresa. Si bien la demandante percibió en el ejercicio de 1998 la suma total de 1.346.015 pesetas de la demandada, en el período de tiempo trabajado del año 1999, ingresó en nómina la cantidad de 716.540 pesetas, es decir, a razón de 3.023 ptas. diarias en función de los 327 días efectivamente trabajados”. Las divergencias se centran en los siguientes puntos: 1.- La empresa afirma que la categoría profesional de la actora es la de peón, no la de peón sección de varios. La pretensión se acepta, pese a ser intrascendente al signo del fallo como en sede jurídica indicaremos: La recurrente invoca prueba negativa, que no es idónea para la revisión fáctica (TS ss. 15.01, 13.03, 31.05, 28.11.90), pero estamos ante un hecho conforme según se desprende de la papeleta de conciliación (folio 7), de la demanda (folio 1), de la contestación de la

empresa en juicio (folio 17), de las nóminas (folios 26 a 42), de la práctica totalidad de los contratos suscritos por los litigantes (folios 299 a 319) y se refuerza por el convenio colectivo (folios 320 a 330) cuyo anexo I prevé, con equiparación retributiva, la categoría de peón para las secciones de varios, de limpieza y de fritos. 2.- La empresa afirma que la redacción del hecho presupone una relación contractual ininterrumpida, cuando no trabajó en los períodos que recoge el apartado 2º. La pretensión no se acepta porque, sin perjuicio de lo que después consignaremos, la recurrente valora el contenido del hecho que impugna, lo cual es ajeno al carácter objetivo del relato fáctico. 3.- La empresa afirma que el certificado de retenciones (folio 25) aportado por la demandante, del que deriva el salario impugnado, incluye percepciones no salariales que le entregó en 1998 sin que exista prueba que acredite un salario distinto al de convenio de 3.023 ptas./día. La pretensión no se acepta: Al igual que en los apartados anteriores, la recurrente alega prueba negativa y valora el documento señalado; además y de acuerdo con el artículo 1.214 del código civil, debería acreditar de forma específica el contenido del certificado que ella misma emitió, es decir, el concepto o conceptos salariales o no a que podía obedecer. B) Sustituir el hecho probado 3º (“La demandante estuvo prestando sus servicios por cuenta de la empresa demandada de forma ininterrumpida desde el inicio de la secuencia contractual relacionada anteriormente pese a ser dada de baja de manera formal por éste ante la T.G.S.S., desempeñando las funciones inherentes a la categoría de peón de la sección de varios en el desarrollo de la actividad ordinaria de la empresa correspondiente a dicha categoría”), por los siguientes términos: “La demandante estuvo prestando sus servicios por cuenta de la empresa demandada en los períodos relacionados en el hecho probado segundo, desempeñando las funciones inherentes a la categoría profesional de peón en el desarrollo de la actividad ordinaria de la empresa correspondiente a dicha categoría”; alega las mismas razones anteriores. Aparte de reafirmar la ya aceptada condición laboral de la actora y de reproducir los argumentos anteriores sobre la inadecuación de prueba negativa y de valoración documental subjetiva para revisar los hechos, la pretensión no se acepta: El juez razona en su fundamento de derecho tercero la conclusión impugnada, con base en la declaración testifical, en las bajas de la demandante en la seguridad social, en los períodos transcurridos entre algunos contratos y en el tiempo total de la relación de los litigantes, lo que excluye su calificación como arbitraria o injustificada; con mayor razón si, cual acontece, la empresa no ofrece prueba idónea, documental o pericial, que demuestre de modo claro e inequívoco el error del

juzgador como exigen los artículos 191.b) y 194.3 de la Ley de procedimiento laboral (LPL). C) Sustituir el hecho probado 4º (“La trabajadora percibió sus salarios de acuerdo con lo estipulado en nómina más, aparte, determinada cantidad -que no se puede especificar respecto del año 1999- a través de una determinada entidad bancaria sin obtener recibo de la misma”), por los siguientes términos: “La trabajadora percibió sus salarios de acuerdo con lo estipulado en nómina. En el año 1.998 percibió de “C.B., S.A.” además del salario de convenio, 262.175 pesetas, y en el período de tiempo trabajado del año 1.999, ingresó en nómina la cantidad de 716.540 pesetas, es decir, a razón de 3.023 ptas. diarias en función de los 237 días efectivamente trabajados”. La pretensión no se acepta: Las alegaciones de la recurrente suponen afirmar de nuevo la no idoneidad de prueba negativa y de valoración documental subjetiva para revisar los hechos, así como la ineficacia de la prueba de testigos con el mismo fin (arts. 191.b), 194.3 LPL). Además y como en sede jurídica indicaremos, el hecho impugnado -de igual modo, su impugnación- no es trascendente respecto de la decisión a adoptar. D) Sustituir el hecho probado 5º (“La empresa procedió, a partir del 8 de octubre de 1999, a la reparación y cambio de la maquinaria de la factoría, paralizándose algunos de los equipos que conformaban las líneas de producción de la misma -fritos, varios y pota-, esencialmente compuestos por peones que, en su mayoría, según el libro de matrícula del personal, fue dado de baja en la sociedad. De este modo, la actora, que había recibido de la empresa un documento fechado el 20 de septiembre de 1999 y en cuya virtud se le comunicaba que el día 6 de octubre de 1999 finalizaba el objeto de su contrato de trabajo suscrito el 13 de septiembre de 1999 y, por tanto, quedaría rescindida en la citada fecha la relación laboral a todos los efectos, habiendo cesado efectivamente en su trabajo el día 8 de octubre de 1999 y una vez que la compañía -reanudada la actividad laboral el 1º de noviembre de 1999- no la llamó para continuar en el desempeño de su profesión, acudió con la Sra. T.G. a la fábrica, en fecha 8 de noviembre de 1999, para interesarse por su situación, siendo así que uno de los encargados, no identificado, le dijo que no la readmitían”), por los siguientes términos: “La empresa procedió, a partir del 8 de octubre de 1999, a la reparación y cambio de la maquinaria de la factoría, paralizándose uno de los equipos que conformaban las líneas de producción de la misma -fritos, varios y pota-, compuesto por veinte peones que, en su mayoría, según el libro de matrícula del personal, fue dado de baja en la sociedad. De este modo, la actora, que había recibido de la empresa un documento fechado el 20 de septiembre de 1999 y en cuya virtud se le comunicaba que el día 6 de octubre de 1999

finalizaba el objeto de su contrato de trabajo suscrito el 13 de septiembre de 1999 y, por tanto, quedaría rescindida en la citada fecha la relación laboral a todos los efectos, habiendo cesado efectivamente en su trabajo el día 8 de octubre de 1999 y una vez que la compañía -reanudada la actividad de la línea de producción que había paralizado el 1º de noviembre de 1999- no la llamó para continuar en el desempeño de su profesión, acudió con la Sra. T.G. a la fábrica, en fecha 8 de noviembre de 1999, para interesarse por su situación, siendo así que uno de los encargados, no identificado, le dijo que no la readmitían". La pretensión no se acepta: Las alegaciones de la recurrente suponen afirmar de nuevo la inadecuación de prueba negativa y de la testifical para revisar los hechos, así como la ineeficacia de la prueba de confesión con el mismo fin (arts. 191.b), 194.3 LPL). Además y de acuerdo con el artículo 1.214 del Código civil (Cc), es la empresa la que debería acreditar la no pertenencia de la demandante al equipo cuyas instalaciones fueron paralizadas, en cuanto se trata de una circunstancia que incide directa e inmediatamente sobre su relación o plantilla de trabajadores, es decir, en la organización empresarial; con mayor razón si, cual alega, reduce el número de operarios afectados a pesar de lo cual tampoco los identifica.

SEGUNDO.- En el ámbito jurídico, denuncia las siguientes infracciones: A) Los artículos 59.3 del Estatuto de los Trabajadores (ET) y 103.1 LPL, pues el día inicial del cómputo de la caducidad de la acción por despido es el del cese de la demandante (08.10.99) y no el de la reanudación de la actividad empresarial (01.11.99), al no acreditarse que aquélla perteneciera a la línea de producción paralizada a consecuencia de las reformas en la factoría, de modo que, al presentar la papeleta de conciliación el 09.11.99, superó el plazo de los veinte días hábiles para efectuar en tiempo la reclamación por despido. B) El artículo 26.2 ET, pues no existía más cantidad salarial que la abonada por nómina, correlativa a la prevista en el convenio aplicable por importe de 90.320 pesetas con el prorrato de las pagas extraordinarias; las demás percepciones de la actora fueron de carácter extrasalarial, no incluidas en sus nóminas y, por tanto, no computables a los presentes fines. C) La sentencia del Tribunal Supremo de 29.05.97, pues las consecuencias económicas derivadas del despido deben ser fijadas a partir de la fecha del último contrato suscrito después de la solución de continuidad de la secuencia contractual por término superior al de la caducidad de la acción por despido y, en el caso, hay tres interrupciones que superan ampliamente dicho plazo, cuales son 14.12.92/01.02.93, 09.12.96/17.01.97 y 18.06/19.07.99.

TERCERO.- A) La primera denuncia jurídica no se acepta: El 20.09.99 la empresa notificó a la actora que "el próximo día 06 de octubre de 1999, finalizará el objeto de su contrato de trabajo (envasado de 40 toneladas de sardina) de fecha 13 de septiembre de 1999, y en cumplimiento de las normas vigentes de contratación de personal, se le comunica que con la citada fecha quedará rescindida a todos los efectos su relación laboral con esta empresa, causando baja en la misma el citado día 06 de octubre de 1999" (folio 298). Esta comunicación revela que, en principio, el cumplimiento del término contractual era la causa extintiva de la relación de trabajo entre los litigantes y que ésta terminaría entonces (06.10.99). Sin embargo, lo cierto es que el hecho probado 5º, admitido por la empresa en este aspecto, declara que la demandante continuó trabajando posteriormente (hasta el 08.10.99), fecha en que dejó de hacerlo por exigencias de las obras en la factoría. Esa prestación de servicios prolongada en el tiempo, sin base contractual alguna, entraña además una conducta equívoca de la empresa que provocó en la actora una expectativa de trabajo futuro (al terminar las obras, a partir del 01.11.99 según el hecho probado 5º), que no tendría si hubiera cesado en el momento contractualmente previsto, expectativa cuyo presupuesto era el llamamiento al trabajo por la empresa, al que ésta no estaba obligada en aquel otro caso. En consecuencia, no procede fijar el 'dies a quo' del plazo de caducidad en la fecha de paralización de la actividad (08.10.99) sino cuando ésta se reanudó (01.11.99), de ahí que la actora, al presentar la demanda de conciliación el 09.11.99, no superase los veinte días hábiles para reclamar en tiempo y forma por despido. B) Tampoco aceptamos la tercera denuncia normativa: La jurisprudencia (ss. 20.02, 29.05.97) resume la doctrina unificada sobre el alcance del control de legalidad que deben realizar los órganos de la jurisdicción social en relación con los contratos de trabajo sucesivos de una serie contractual, en los siguientes principios: 1) Si no existe solución de continuidad en la secuencia contractual deben ser examinados todos los contratos sucesivos. 2) Si se ha producido una interrupción en la secuencia contractual superior a los veinte días previstos como plazo de caducidad para la acción de despido, entonces sólo procede el examen o control de legalidad de los contratos celebrados con posterioridad. 3) En aplicación de la regla precedente, el control de legalidad se ha de atener exclusivamente al último contrato celebrado cuando entre él y el anterior exista una solución de continuidad superior al plazo de caducidad de la acción de despido. 4) No obstante lo anterior, cabe el examen judicial de toda la serie contractual, sin atender con precisión aritmética a la duración de las interrupciones entre contratos

sucesivos en supuestos singulares y excepcionales en que se acreditan una actuación empresarial en fraude de ley y al mismo tiempo la unidad esencial del vínculo laboral. Esta última regla es ahora aplicable, porque la sala (ss. sala 09.06.98, 27.10.99), respecto de supuestos semejantes al actual sobre la misma empresa recurrente, ya apreció el fraude de ley teniendo en cuenta el número, el objeto y el período de tiempo transcurrido entre cada uno los contratos firmados por los litigantes en relación con la actividad de la empresa. Concretamente, la sentencia de 27.10.99 declara que "...lo que ha hecho la empresa ha sido fraccionar formal y artificialmente la relación laboral de los actores, contratados para labores de manipulación y limpieza de pescado y elaboración de productos precocinados; y ello por razones de merca conveniencia y no de exigencia estricta de la actividad en sí misma, por estacionalidad o fluctuación de los suministros para la producción u otra causa justificativa que conste, y de tal modo que la utilización de la modalidad contrato para obra o servicio determinado aparece como inequívocamente inapta y destinada a evitar sin causa protegible, en fraude de ley en suma, la fijeza en el empleo. Los contratos suscritos y su objeto, en el contexto de la actividad empresarial de la demandada, no armonizan con los fines legalmente previstos para la contratación para obra o servicio determinado, máxime cuando la empresa lleva a cabo una utilización continua y desde hace tiempo de la contratación temporal dicha y cuando consta que en ella, al margen y a pesar de la formalidad contractual, lo que ha existido ha sido realmente una prestación de servicios ininterrumpida. Así pues, se está en presencia de una única relación laboral a partir del primer contrato suscrito por los actores, devenida en indefinida y no de duración temporal, y sin que los posteriores contratos habidos hayan dado cobertura legal alguna a los definitivos ceses por derivación de su formal extinción; y ello aún cuando hubiera habido algún finiquito o aparezcan períodos de actividad o formales rupturas contractuales a lo largo de la íntegra prestación de servicios". Además, la jurisprudencia (ss. 12.11.93, 10.04.95, 25.04.97, 13.10.98, 30.03.99) aplica el mismo principio respecto de las consecuencias económicas del despido aún mediando la existencia de finiquito, que refiere el fundamento de derecho tercero de la sentencia de instancia. C) Admitimos la segunda denuncia jurídica: Según el hecho probado 1º, en 1998 la demandante recibió por su trabajo una cantidad superior a la del convenio colectivo de aplicación, mientras que en 1999 la empresa le abonó la prevista en dicha norma paccionada. Esta divergencia retributiva no implica, por sí sola, el derecho de la actora a que las consecuencias económicas de su despido improcedente se rijan por la

remuneración del año anterior, sino que deben de fijarse conforme al salario real que percibió al tiempo en que aquél tuvo lugar: Primero porque, como hemos indicado, la empresa cumplió sus obligaciones retributivas de convenio. Segundo, porque la trabajadora no acreditó, como le correspondía (art. 1.214 C. c.), alteración sustancial en sus servicios ordinarios de 1.999 que pudiera justificar una percepción salarial superior a la ya recibida que, además, consintió a lo largo de la práctica totalidad del año en cuestión. Lo que dejamos consignado revela la intrascendencia de las pretensiones fácticas relacionadas en los apartados A.1) y C) de nuestro fundamento de derecho primero.

CUARTO.- De acuerdo con el artículo 201 LPL, ha de darse el destino legal al depósito para recurrir y al aseguramiento de la cantidad objeto de condena efectuados por la empresa recurrente. Por todo ello,

### **Fallamos**

Estimamos en parte el recurso de suplicación de "C.B., S.A." contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Santiago de Compostela, de 14 de enero de 2000 en autos nº 774/99, que revocamos parcialmente, fijamos la indemnización en novecientas cincuenta y dos mil doscientas cuarenta y cinco pesetas (952.245 ptas.), los salarios de tramitación en tres mil veintitrés pesetas diarias (3.023 ptas./día), y la confirmamos en sus restantes pronunciamientos

## **2964 RECURSO N° 1.429/00**

S. S.

**INEXISTENCIA DE CONTRATO FIJO DESCINTINUO ENTRE PROFESORES DE RELIXIÓN E ADMINISTRACIÓN QUE OS EMPREGA, POLO QUE A EXTINCIÓN DO SEU CONTRATO TEMPORAL NON CONSTITÚE DESPEDIMENTO.**

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

A Coruña, a veinticinco 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 nº 1.429/00 interpuesto por don A.T.S., contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de Ferrol.

### **Antecedentes de hecho**

**PRIMERO.-** Que según consta en autos se presentó demanda por don A.T.S. en reclamación de despido siendo demandados la Consellería de Educación e Ordenación Universitaria (Xunta de Galicia) y el Obispado de Mondoñedo-Ferrol en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 543/99 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: "1.- El actor viene prestando servicios laborales para la empresa demandada desde el 21 de enero de 1971, con la categoría profesional de profesor de religión y moral católica en el Instituto de Enseñanza Secundaria "M.S." de Ferrol dependiente de la consellería demandada y salario mensual de 315.000 ptas. con inclusión de las partes proporcionales de pagas extras, realizando en el momento del despido las labores propias de su categoría profesional a plena satisfacción de la dirección del centro, profesores y alumnos desempeñando los últimos cursos desempeñó el cargo de jefe de seminario./ 2.- En fecha 30.09.99 el actor fue cesado por decisión del obispo de Mondoñedo-Ferrol como sacerdote de esa diócesis y también como profesor en el I.E.S. "M.S." de Ferrol. En fecha 12.09.99 dicha diócesis hacen proposición de CESE como profesor de religión y moral católica en el I.E.S. "M.S." de Ferrol del actor con efectos de 30.09.99./ 3.- En fecha fue cesado en fecha 30.09.99 por la Delegación Provincial de la Consellería de Educación y Ordenación Universitaria./ 4.- El día 5 de noviembre de 1999 se celebró el acto de conciliación administrativo con el resultado de SIN AVENENCIA".

**TERCERO.-** Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que, debo desestimar y desestimo íntegramente las pretensiones de la demanda, declarando válidamente extinguida por falta de nombramiento la relación laboral que unía al actor con la CONSELLERÍA DE EDUCACIÓN E ORDENACIÓN UNIVERSITARIA sin derecho a indemnización ni salarios de tramitación absolviendo en consecuencia a la CONSELLERÍA DE EDUCACIÓN E ORDENACIÓN UNIVERSITARIA y al OBISPADO DE MONDOÑEDO-FERROL de las pretensiones de la parte actora".

**CUARTO.-** Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante

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

### **Fundamentos De Derecho**

**PRIMERO.-** Recurre el actor en solicitud de que con revocación de la sentencia de instancia, se estime la demanda declarando nulo o improcedente el despido de que fue objeto, a cuyo efecto y al amparo del art. 191.b) y c) L.P.L. interesa la revisión de los H.P. y denuncia la infracción de los arts. 12.2 y 12.3.b) E.T., con cita también del acuerdo de 03.01.79 de España y Sta. Sede; del art. 3 de la O.M. de 11.10.82 y su D.T. Única; de los arts. 51 a 56 E.T.; de los arts. 14 y 91.1 C.E.; y de concreta jurisprudencia, con cita de las SS. del T.S de 19.06.96 y 30.04.97 y del T.S.J. de Navarra de 09.06.99 y de Cantabria de 14.05.98.

**SEGUNDO.-** Invocando, sin más precisiones, el folio 34 interesa el recurso se adicione, como H.P. 5º, lo siguiente: "El demandante tenía como única fuente de ingresos y medio de vida las clases de religión en el antes expresado centro, actividad a la que prestaba dedicación exclusiva". Al folio 34 obra una certificación expedida por el "ecónomo diocesano y habilitado para el clero de la diócesis de Mondoñedo-Ferrol" en que se hace constar que el actor no tiene asignación económica diocesana alguna "por ser su destino, de exclusiva dedicación, el de profesor de religión en el IES "M.S." de Ferrol". Siendo esta documental apta para revisar, lo que procede adicionar como H.P. 5º es lo expresado, único que acredita la certificación referida; prueba documental ésta que es la que exclusivamente se invoca para revisar.

**TERCERO.-** La denuncia que al amparo del art. 191.c) L.P.L. se formula en el recurso exige tomar en consideración que son fundamentales H.P. los siguientes: 1º) El actor ha venido prestando servicios laborales desde el 21.01.71 como profesor de religión y moral católica en el Instituto de Enseñanza Secundaria "M.S." de Ferrol, dependiente de la Consellería de Educación e Ordenación Universitaria-Xunta de Galicia, con el salario mes de 315.000 ptas (H.P. 1º). 2º) En 12.09.99 la diócesis de Mondoñedo-Ferrol propuso el cese del actor como profesor de religión en el I.E.S. dicho con efectos de 30.09.99; en esta fecha, la Delegación Provincial de la Consellería demandada acepta la propuesta, con el cese oportuno (H.P. 2º y 3º). 3º) Hasta tales fechas el actor vino realizando satisfactoriamente su labor de profesor, desempeñando los últimos cursos el cargo de jefe de Seminario (H.P. 1º). Y 4º) El Obispo de Mondoñedo-Ferrol cesó al actor como sacerdote de la diócesis el 30.09.99 (H.P.2º); asimismo, el actor tenía dedicación exclusiva como profesor en aquel Instituto, no

teniendo por ello asignación económica diocesana alguna (H.P. adicionado vía suplicación).

CUARTO.- A la relación de servicios de autos le resulta de aplicación lo argumentado en sentencias del T.S. de 19.06.96 y 30.04.97, en cuanto que considerando la normativa aplicable dejaron establecido que la relación de los profesores de religión en centros de enseñanza públicos era laboral y no administrativa. En este sentido, la S. del T.S. de 30.04.97 decía lo siguiente: <<a> El Acuerdo de 3 enero 1979 sobre enseñanza y asuntos culturales suscrito entre el Estado Español y la Santa Sede, ratificado por instrumento de 4 de diciembre de 1979, establece en su artículo 2º que “los planes educativos en los niveles de educación preescolar, de educación general básica (EGB), de bachillerato unificado polivalente (BUP) y grados de formación profesional correspondientes a alumnos de las mismas edades, incluirán la enseñanza de la religión católica en todos los centros de educación, en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales”. Por respeto a la libertad de conciencia, dicha enseñanza no tendrá carácter obligatorio para los alumnos, Se garantiza, sin embargo, el derecho a recibirla>>. En el artículo 3º dispone que <<en los niveles educativos a los que se refiere el artículo anterior, la enseñanza religiosa será impartida por las personas que, para cada año escolar sean designadas por la autoridad académica entre aquellas que el ordinario diocesano proponga para ejercer esta enseñanza. Con antelación suficiente, el ordinario diocesano comunicará los nombres de los profesores y personas que sean consideradas competentes para dicha enseñanza. Los profesores de religión formarán parte a todos los efectos del claustro de profesores de los respectivos centros>>. Y en el artículo 7º establece que <<la situación económica de los profesores de religión católica, en los distintos niveles educativos que no pertenezcan a los Cuerpos Docentes del Estado, se concertará entre la Administración Central y la Conferencia Episcopal Española>>. B) La Orden Ministerial de desarrollo de dicho Acuerdo de 26 septiembre 1979 (RCL 1979, 2.580 y ApNDL 2.016) establece –entre otros particulares- que <<las remuneraciones de los profesores de formación religiosa de los Centros Oficiales de Bachillerato serán análogas a las establecidas para el profesorado interino de dicho nivel educativo>>. C) La Orden también complementaria de 11 octubre 1982 (RCL 1982, 2.728, 2.923 y ApNDL 8.087) sobre profesorado de religión y moral católica en los centros de enseñanzas medias, entre los que figuran los institutos de formación profesional dispone: <<Los profesores de religión y moral católica serán nombrados por la autoridad correspondiente a propuesta del ordinario de la diócesis. Dicho nombramiento tendrá carácter

anual y se renovará automáticamente, salvo propuesta en contra del mencionado ordinario efectuada antes del comienzo de cada curso, o salvo que la Administración, por graves razones académicas y de disciplina, considere necesaria la cancelación del nombramiento, previa audiencia de la Autoridad Eclesiástica que hizo la propuesta>>. Y añade que tales profesores <<podrán asumir en los centros todas aquellas funciones que les pueden corresponder en cuanto miembros del claustro de profesores a todos los efectos según su dedicación y categoría académica y les sean encomendadas por la dirección del centro o autoridad competente>>. Y d) La Disposición Adicional 2ª LO 1/1990, de 4 octubre (RCL 1990, 2.045) (de Ordenación General del Sistema Educativo), establece que <<la enseñanza de religión se ajustará a lo establecido en el acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales suscrito entre la Santa Sede y el Estado Español>>, añadiendo que <<a tal fin de conformidad con lo que disponen dichos Acuerdos, se incluirá la religión como área o materia de los niveles educativos que corresponda, que será de oferta obligatoria para los centros y de carácter voluntario para los alumnos>>. Cuarto. De lo expuesto se desprende que en el presente caso concurren las notas previstas en el artículo 1º. E.T. para calificar como laboral la relación jurídica existente entre las partes: voluntariedad, ajeneidad, retribución y sometimiento a una organización empresarial docente; no existiendo ninguna norma que atribuya a dichos profesores la condición funcionarial, ni confieran al vínculo carácter administrativo, como exige de forma imperativa el artículo 1.3.a) ET, que incluso requiere que dicha norma excluyente de la relación laboral tenga el rango de Ley. Por lo que igualmente es aplicable la presunción de laboralidad contenida en su artículo 8. Siendo indiferente a estos efectos que el acto jurídico originador de la prestación de servicios de los citados profesores se haya materializado a través de un nombramiento del órgano administrativo titular del centro docente, al que indudablemente prestó su consentimiento el profesor y no a través de un contrato formal, ya que ello no prejuzga sin más la naturaleza del vínculo que con tal nombramiento se creó. Tampoco interfiere en la naturaleza de la relación jurídica que en el estadio previo al nombramiento del profesor se exija una propuesta del obispado. Por otra parte, la Ley 30/1984, de 2 agosto...”.

QUINTO.- En el apartado 1.1 del motivo de examen del derecho aplicado, se denuncia infracción del art. 12.2 y 3.b) del E.T. (Ley 63/97), con cita del Acuerdo de 03.01.79 entre España y la Sta. Sede, para sostener que el actor “adquirió, cuando menos, los derechos laborales inherentes a la figura prevista en el E.T. de fijo discontinuo”. En el apartado 1.2 del mismo

motivo se invoca el art. 3 de la O.M. de 11.10.82 y su D.T. única para argumentar que “una lectura humanizada de esta norma jurídica exige, claramente motivación o causalidad para la rescisión contractual de profesor de religión...”. Y en los apartados 1.3 y 1.4 del motivo referido se invoca infracción de los arts. 51 a 56 E.T. para decir que el cese del profesor de religión debe reunir los requisitos que prevén tales preceptos, y de los arts. 14 y 91.1 C.E. para informar meramente que los mismos prohíben toda discriminación.

SEXTO.- La S. del T.S.J de Navarra de 09.06.99 señala en cuenta al profesorado de religión y moral católica en los Centros de Enseñanzas Medias...” que quien aparece como empresario es la Administración correspondiente que al efecto realiza la contratación del personal y, en segundo término, que el nombramiento se efectúa a propuesta del ordinario de la diócesis, teniendo este nombramiento carácter anual y renovable de forma automática, salvo propuesta en contra del ordinario o porque la Administración por graves razones académicas o de disciplina...”. Anteriormente, ya este Tribunal en S. dictada el 30.09.93 (AS 3.988/93) había dejado argumentado, a partir de que la relación laboral de los profesores de religión y moral católica que prestaban sus servicios en centros públicos estaba regulada por el Acuerdo de 03.01.79 entre el Estado Español y la Sta. Sede, por la Orden de 26.09.79 y la de 11.10.82..., que a pesar de los sucesivos nombramientos hechos a la allí demandante para impartir las clases de religión y moral católicas en los cursos 1988-89... no cabía entender “transformados estos sucesivos contratos de trabajo de duración determinada por imperativo legal –cada año escolar- y que podrían ser considerados como de naturaleza próxima a los de obra o servicio determinados, en una relación laboral de carácter indefinida...”, así como que “...el ordinario diocesano, antes de iniciar el nuevo curso académico 1991-1992 estimó procedente la no renovación del nombramiento de la demandante, por lo que no surgió la contratación de la actora para este curso escolar. Y de aquí, que no exista despido, sino que de conformidad con lo establecido en el ap. 3.7 de la Orden de 16.07.80, no se produjo el nombramiento de la demandante, ni fue renovado automáticamente, por la manifestación en contra de la jerarquía eclesiástica”. En similar sentido se expresa, entre otras, la S.TSJ de Andalucía-Sevilla, de 14.11.97 (AS 5.383/97), haciendo hincapié en las peculiaridades sustantivas de la relación laboral del profesorado de religión afectado por el Acuerdo de 03.01.79 entre el Estado Español y la Sta. Sede; y que obedecen a que el art. 3 de tal Acuerdo se refiere a que estas personas serán designadas “para cada año escolar” por la autoridad académica entre los

propuestos por el ordinario, tratándose de previsión de acuerdo internacional, incorporado a nuestro ordenamiento jurídico y con plena validez conforme art. 96 C.E. y 1.5 del C. Civil. De esta manera, el vínculo laboral que se origina lo es “para cada año escolar” y no se propicia una relación indefinida, sino temporal, asimilable a la figura del art. 15.1.a) E.T. de la obra o servicio determinado, que sería la enseñanza religiosa para cada año escolar, causa ésta de temporalidad incorporada ex lege a la relación, de modo que al finalizar cada año escolar concurre la causa extintiva del art. 49.1.c) E.T., por expiración del tiempo convenido para la realización del servicio y ejecución efectiva de este; en ningún caso puede verse abuso de derecho por parte empresarial, sino acomodación a la previsión del Acuerdo internacional referido. Evidentemente, el carácter temporal de la relación no se altera por las previsiones de la Orden de 11.10.82, cuyo apartado 3º se invoca en el recurso y que también lo fue –junto con otras normas no desvirtuadoras posteriores, como el art. 6 del R.D. 2.438/94 y la L.O. 1/90, D.A. 2ª, según Ley 50/98- por la resolución de la consellería demandada que rechazó la reclamación previa formulada por el actor (f.10 y 11). Al contrario, puesto que la dicha Orden, de desarrollo del Acuerdo de 03.01.79, dispone que los profesores del religión y moral católica serán nombrados por la autoridad correspondiente a propuesta de ordinario de la diócesis y que dicho nombramiento “tendrá carácter anual y se renovará automáticamente, salvo propuesta en contra del mencionado ordinario efectuada antes del comienzo de cada curso, o salvo que la Administración, por graves razones académicas o de disciplina, considere necesaria la cancelación del nombramiento, previa audiencia de la autoridad eclesiástica que hizo la propuesta”. Y es que así, la renovación contractual no es sino la expresión de un nuevo nombramiento a efectuar a partir de la reiteración de sus presupuestos para una relación de servicios nueva para el año escolar de que se trate.

SÉPTIMO.- Consecuentemente, no cabe hablar de que se esté en presencia de una relación laboral indefinida ni siquiera de la fija discontinua que se argumenta en el recurso y a cuyo efecto se esgrime el art. 12.2 y 3 E.T. (Ley 63/97), figura anteriormente ya regulada en el propio E.T. y otras normas. Y no constituye el de autos tal supuesto desde el momento en que lo que existe en tal tipo de relación, como dice la sentencia del TSJ de Andalucía-Sevilla antes citada, es “sucesión de contratos temporales para cada curso, no relación indefinida que alterne actividad o inactividad, de forma que no hay vínculo preexistente que obligue a la llamada o realización de trabajos en fechas ciertas, por lo que no puede tratarse como un supuesto de “falta de llamada” sino de queja por no contratación o

no renovación de contrato temporal, lo cual no puede equipararse al despido por no convocatoria del fijo discontinuo, salvo que se apreciara que existe deber de contratar o renovar al anterior contrato temporal". A partir de ello, el tribunal considera ajustada a derecho la decisión de instancia de no apreciar despido en el "cese" dado al actor para el curso escolar de que se trataba y desestimar por tanto la demanda. Y es que ello vino motivado por el hecho que el Obispo de Mondoñedo-Ferrol formuló proposición de cese del actor como profesor de Religión y Moral Católica en el I.E.S. "M.S." de Ferrol con efectos del día 30 siguiente, por virtud de lo cual la Delegación correspondiente de la Consellería de Educación y Ordenación Universitaria lo materializó el referido día 30.09.99 (los nombramientos aparecen de 1/10, como comienzo del curso escolar, a 30/9 del año siguiente; folios 72,75...). Lo que hubo, pues, fue la decisión de no renovar la contratación al comienzo del nuevo curso; y ello en aplicación de la O. de 11.10.82, en cuanto dispone el nombramiento de tales profesores a propuesta del ordinario y anualmente, con renovación automática "salvo propuesta en contra del mencionado ordinario efectuada antes del comienzo de cada curso..."; que fue lo que existió en el caso presente (haciéndolo deferir de supuestos contemplados en otras SS. de T.S.J. Decisión aquélla, en si misma y por su propia concepción legal y la de la relación sobre la que opera, no precisa de la concreta motivación que reclama el recurso, a diferencia de lo que sucede con la previsión legal para el caso de que quien "cancele el nombramiento" sea la Administración, pues aquella Orden citada exige que ello fuere por "graves razones académicas y de disciplina". En suma, reiterando argumentos de las S.S. T.S.J. de Galicia de 30.09.93, Canarias-Tenerife de 30.12.96, Andalucía-Sevilla de 14.11.97..., "no existe en el Acuerdo internacional ni en norma legal alguna deber de la Administración empleadora de volver a contratar, a nombrar o a renovar a la antes contratada, pues la falta de propuesta del ordinario impide a la Administración Educativa dicho nombramiento, de modo que no puede considerarse existente acto unilateral extintivo. La relación previamente existente había concluido, conforme al artículo 49.1.b) y c) ET, según lo dicho, sin que exista despido posterior". Las propuestas de nombramiento eran por y para cada curso escolar y las renovaciones se producirán automáticamente salvo acuerdo en contra del ordinario de la diócesis como señala la Orden de 11.10.82 sobre profesorado de religión y moral católica, de tal modo que producida en el caso del actor oportuna y temporánea decisión y propuesta expresa en contra por parte de aquél, no se pudo proceder a la renovación por causas ajenas a la

Administración y no surgió la contratación para el nuevo curso escolar; sin constituir ello despido y de conformidad con la normativa reguladora correspondiente. Tampoco es aceptable la alegación de discriminación que se hace en el recurso, pues se está en presencia de una relación laboral diferenciada y, por ello, especialmente regulada; y como señala la S. del TSJ de Madrid de 13.05.99 "...la prohibición de discriminación entre trabajadores no significa una igualdad absoluta de trato (STC 34/1984 [RTC 1984/34]), sino que debe atentar contra un derecho fundamental y partir de situaciones jurídicas idénticas (STS de fecha 18.02.94 [RJ 1994/1960]) que aquí no concurren dada la especialidad de materia de enseñanza contratada que antes fue objeto de análisis y que justifica un tratamiento diferenciado en los propios artículos 14, 16 y 27.3 de la CE, que autoriza una contratación temporal anual frente al resto del profesorado..."

OCTAVO.- Por todo lo expuesto no resultan acogibles las infracciones que denuncia el recurso al amparo del art. 191.c) LPL, de tal manera que procede rechazar el mismo y confirmar la sentencia de instancia, cuyo pronunciamiento desestimatorio de la demanda de despido se concluye ajustado a derecho.

### **Fallamos**

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por don A.T.S. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Ferrol de fecha 15.12.99 en Autos nº 543 y 558/99 seguidos por despido a instancias del recurrente frente a la Consellería de Educación e Ordenación Universitaria –Xunta de Galicia y el Obispado de Mondoñedo-Ferrol, confirmamos la sentencia recurrida.

### **2965 RECURSO N° 1.423/00**

S. S.

**CONTRATO TEMPORAL FRAUDULENTO, A SÚA EXTINCIÓN CONSTITÚE DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE.**

Ponente: Ilmo. Sr. Don Ricardo Ron Curiel

A Coruña, a veintinueve 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 nº 1.423/00 interpuesto por la empresa “S.S., S.A.”, contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de A Coruña.

### **Antecedentes de hecho**

**PRIMERO.**- Que según consta en autos nº 884/99 se presentó demanda por don F.J.Q.T. en reclamación de despido siendo demandado la empresa “S.S., S.A.” y la empresa “C.E.S.S., S.A.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 12 de enero de 2000 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 F.J.Q.T. viene prestando sus servicios para la empresa “C.E.S.S., S.A.” desde el 30.10.96 con la categoría profesional de vigilante de seguridad y percibiendo un salario mensual de 124.342 pesetas con inclusión de prorratoe de pagas extraordinarias.- **SEGUNDO.**- El actor prestó servicios con anterioridad en la empresa “S.S., S.A.” en virtud de contrato por lanzamiento de nueva actividad de fecha 30.10.96, con sucesivas prórrogas el 17.04.97, 15.10.97, 23.04.98 y 29.10.98, contrato y prórrogas que se reproducen.- **TERCERO.**- El 13.01.99 la empresa “C.E.S.S., S.A.” comunica al Instituto Nacional de Empleo la subrogación del contrato de trabajo que el actor había suscrito con la empresa “S.S., S.A.” en fecha 30.12.96, y se prorrogó nuevamente el 29.04.99.- **CUARTO.**- La empresa demandada, “C.E.S.S., S.A.” mediante carta fechada el 18.10.99, comunica al actor lo siguiente: “Muy Sr. Nuestro: El próximo día 29 de octubre de 1999 finaliza el contrato de trabajo suscrito con usted, y cuyos datos se reseñan al pie. En el cumplimiento de las normas vigentes sobre contratación de personal, se le comunica que con esa fecha quedará rescindida a todos los efectos su relación laboral con la empresa, causando baja de la misma”.- **QUINTO.**- El actor había prestado sus servicios como vigilante de seguridad en el establecimiento “P.”, Centro Comercial... en A Coruña, con anterioridad al 30.10.96, siendo trabajador de la empresa “B.S., S.L.”.- **SEXTO.**- No consta que el actor ostente o haya ostentado el año anterior la condición de representante legal o sindical de los trabajadores.- **SEPTIMO.**- Se celebró acto de conciliación ante el S.M.A.C. el día 15.11.99 con el resultado de “sin efecto”.

**TERCERO.**- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que, desestimando la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda alegada por la empresa “C.E.S.S., S.A.” y

estimando la demanda interpuesta por el actor don F.J.Q.T. contra las empresas “S.S., S.A.” y “C.E.S.S., S.A.”, debo declarar y declaro improcedente el despido efectuado por la empresa “C.E.S.S., S.A.”, condenando a ésta a que, en un plazo de cinco días, opte entre la readmisión inmediata del actor, en las mismas condiciones existentes con anterioridad, o el abono de una indemnización de 186.513 pesetas más, en ambos casos, el abono de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente resolución y que asciende a 4.145 pesetas/día; asimismo, debo absolver y absuelvo a la empresa “S.S., S.A.”.- Con fecha 20 de enero de 2000 se dictó auto de aclaración, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: “Se corrige el error material aritmético cometido en la sentencia de 11.01.00 donde dice: “indemnización de 186.513 pesetas” debe decir, “indemnización de 544.031 pesetas”.

**CUARTO.**- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandada empresa “S.S., S.A.” 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 excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda alegada por la empresa codemandada “C.E.S.S., S.A.”, y estimando la demanda declara improcedente el despido efectuado, condenando a la nombrada empresa a soportar las consecuencias legales inherentes a tal declaración -fijando el importe de la indemnización, en auto de aclaración, en la suma de quinientas cuarenta y cuatro mil treinta y una pesetas- y absuelve a la empresa, también demandada “S.S., S.A.”. Este pronunciamiento se impugna por esta última patronal, la que después de hacer una serie de alegaciones acerca de la posibilidad de acceso al recurso del litigante absuelto, cuestión ésta resuelta por esta sala en auto de fecha 14 de febrero último, construye el primero de los motivos de suplicación al amparo del art. 191, letra a), de la Ley Procesal Laboral, denunciando en el mismo infracción del art. 83.1 de la citada Ley, en cuanto a la suspensión del juicio por motivos justificados, e indefensión, con invocación del art. 24 de la Constitución española; pretendiendo que se declare la nulidad de la sentencia recurrida, reponiendo los autos al momento de celebrarse el juicio oral para que se celebre de nuevo con asistencia letrada de la recurrente; aduciendo, esencialmente, que señalado el juicio oral para el día 14 de diciembre de 1999, martes, el letrado que formaliza el recurso fue contactado por la empresa “S.S., S.A.”, el día 10 anterior, viernes, para que asistiera profesionalmente a dicha empresa a

juicio, teniendo el letrado señalada la celebración de juicios, para el día 14, aproximadamente a la misma hora, en el Juzgado de lo Social número uno de Santiago, por lo que indicó a la empresa que no podía asistirla, y al evidenciar la empresa la dificultad de contactar con otro letrado, el repetido letrado contactó con el secretario del juzgado que dictó la sentencia recurrida, al objeto de retrasar la celebración del juicio, indicándole el secretario que tomaba nota del numero de autos para retrasar la celebración del juicio hasta su regreso de Santiago, por lo que indicó a la empresa que asistiría al juicio, remitiéndole ésta la oportuna documentación probatoria; pero el día del juicio, al regresar de Santiago se encontró con que el juicio se había celebrado en su ausencia, sin que la empresa pudiera realizar una defensa efectiva al no disponer de la prueba documental; presentando al día siguiente un escrito ante el juzgado relatando lo que antecede y proponiendo para mejor proveer o como en derecho procediese prueba, que fue rechazado de plano y devuelto al dicente, mediante providencia de fecha 15 de diciembre, en la que se acordó para mejor proveer determinadas diligencias, entre ellas la testifical, a celebrar el día 22, suspendiéndose y señalándose el día 30 siguiente, fecha ésta en que propuso de nuevo la prueba a que se refiere el escrito de fecha 15 de diciembre, que es de nuevo rechazada; siendo presentado este escrito ante esta sala, al amparo del art. 231 de la Ley Procesal Laboral. El motivo está llamado a fracasar; en primer término, y fundamentalmente, porque al acto del juicio ha asistido un representante de la empresa, el que ha tenido oportunidad de hacer las alegaciones que estimara oportunas -es de significar que ni siquiera contestó a la demanda- y proponer prueba, lo que tampoco hizo. Por otro lado, la defensa por abogado, con carácter general, en la instancia tiene carácter facultativo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 21, nº 1, de la Ley Adjetiva Laboral, no estando comprendido el caso litigioso dentro de los supuestos de excepción que el propio precepto establece.

SEGUNDO.- Con la misma cobertura procesal que el precedente, se construye el segundo de ellos, en el que se denuncia infracción de los arts. 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral y 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en cuanto al contenido de la sentencia, e indefensión producida, invocando los arts. 24 y 120.3 de la Constitución; pretendiendo que se declare la nulidad de la sentencia recurrida, reponiendo los autos al momento de dictar sentencia, para que en la nueva se recoja resumen, en los antecedentes de hecho, de los que fueron objeto de debate y se resuelva congruentemente con la demanda y demás pretensiones deducidas, ya que en la sentencia no se hace la mas mínima mención de la fecha en que el actor se incorporó al centro de

trabajo de la empresa “B.S., S.L.”, ni de la fecha en que “S.S., S.A.” se hizo cargo del servicio en el centro de trabajo de “P.”, sito en... A Coruña; por estimar la recurrente que ambas fechas tienen una importancia clave para resolver la cuestión litigiosa, ya que el fallo parte de la nulidad por fraude de ley del contrato de trabajo por lanzamiento de nueva actividad concertado entre la recurrente y el actor, por entender el juzgador que en este caso procedía la subrogación convencional o legal; haciendo, seguidamente, la recurrente una serie de consideraciones acerca del efecto jurídico derivado de la constancia de tales datos y de que al celebrarse el juicio esta prueba ha estado a disposición del juzgador; estimando, en definitiva, que el contrato de 30 de octubre de 1996 era ajustado a derecho, lo mismo que el cese del actor al cumplirse el plazo de duración de aquél y que la recurrente no tiene que hacer frente a ningún tipo de responsabilidad frente a la codemandada “C.”. El motivo debe seguir el mismo cauce denegatorio que el precedente. De un lado, porque la no constancia en los antecedentes de hecho de la sentencia recurrida, de las fechas antes mencionadas, con independencia de su alcance y eficacia jurídica, es imputable, únicamente, a la recurrente, la que bien pudo, en el momento del juicio, a través de su representante, aportar los medios de prueba que estimara oportunos a tal fin; de otro, porque, al menos la fecha en que “S.S., S.A.”, se hizo cargo del servicio en el centro de trabajo de “P.”, como por la recurrente se alega, figura en los documentos que obran a los folios 32 y 39, por lo que bien pudo postular la pertinente revisión fáctica.

TERCERO.- En el correlativo, y último, de los motivos, dedicado al examen de infracciones de normas sustantivas o de jurisprudencia, alega la recurrente que no siendo posible modificar los hechos probados al estar basado el fundamental -que el actor sólo trabajó un mes en “P.”, con anterioridad a que asumiera la contrata de vigilancia- en prueba testifical, inhábil a estos efectos, por lo que el presente motivo, reconoce la recurrente, tiene pocas posibilidades de prosperar; sin embargo, denuncia en el mismo: a) infracción, por aplicación indebida, del art. 14.a) del vigente Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad y art. 44.1 del Estatuto de los Trabajadores y jurisprudencia citada en el fundamento segundo de la sentencia recurrida, y b) infracción, por aplicación indebida, del art. 15.1.d) del citado estatuto, en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley 63/97. Haciendo una serie de consideraciones sobre la inexistencia de prueba sobre la subrogación en la sucesión de contratas entre “B.S., S.L.” y la recurrente, ni existencia de presunción a favor de la subrogación; sin que resulte obstativa la anterior contratación del actor con “B.S., S.L.”

para que la que recurre pueda celebrar con el actor un contrato de lanzamiento de nueva actividad, ya que la iniciación de la contrata para aquélla el 29 de octubre de 1996 representa la apertura de un nuevo centro de trabajo, lo que viabilizaría para concertar válidamente un contrato de lanzamiento de nueva actividad; habiendo realizado, afirma, la contratación del actor de acuerdo con los requisitos legales exigidos, siendo correcta la causa del contrato de 30 de octubre de 1996 y no se supera el límite de tres años al cesar el actor el 29 de octubre de 1999, con lo que, además, "C.E.S.S., S.A." no se ha subrogado en un contrato nulo o fraudulento sino en uno lícito; estimando, en definitiva, que lo procedente hubiera sido la desestimación de la demanda. El motivo debe correr igual suerte que los que anteceden -ya el recurrente reconoce, en su argumentación, que tiene pocas posibilidades de prosperar- por las siguientes consideraciones: A) El actor, como se afirma en el hecho probado segundo de la sentencia recurrida, prestó servicios en la empresa recurrente, en virtud de contrato de lanzamiento de nueva actividad, de fecha 30.10.96, con sucesivas prorrogas el 17.04.97, 15.10.97, 23.04.98 y 29.10.98; mientras que, cual se recoge en el hecho probado tercero, la empresa "C.E.S.S., S.A.", comunica al Instituto Nacional de Empleo la subrogación del contrato de trabajo que el actor había suscrito con la empresa recurrente en fecha 30.12.96 y se prorrogó nuevamente el 29.04.99. B) Los servicios prestados por el demandante lo han sido con la categoría profesional de vigilante de seguridad -hecho probado primero-. C) El actor, como se refleja en el hecho probado quinto, había prestado sus servicios como vigilante de seguridad en el establecimiento "P.", Centro Comercial... de A Coruña, con anterioridad al 30.10.96, siendo trabajador de la empresa "B.S., S.L.". D) La comunicación al actor, de fecha de 18.10.99, efectuada por la empresa "C.E.S.S., S.A.", de que el contrato de trabajo finalizaba el 29 del mismo mes, a que se refiere el hecho probado cuarto de la sentencia de instancia. E) En definitiva, si el demandante, prestó, con anterioridad al 30 de octubre de 1996, los servicios a que se remite el apartado C) que antecede, resulta evidente que el contrato, con sus prórrogas, a que se contrae el apartado A) anterior ha sobrepasado, como se argumenta en el fundamento de derecho tercero de la sentencia recurrida, el plazo máximo legal, entendiéndose que el contrato ha logrado indefinición, por aplicación del art. 8.2 del Real Decreto 2.546/1994; de ahí que la extinción del contrato en la litis cuestionada es constitutiva de despido improcedente, y al haberlo estimado y declarado así el juzgador de instancia, su resolución no es merecedora del reproche jurídico que en el motivo se le dirige.

CUARTO.- Por todo lo que queda razonado procede desestimar el recurso y confirmar la sentencia recurrida, con las consecuencias previstas en los arts. 202.4 y 233.1, ambos de la Ley Rituaria Laboral; y, en cumplimiento de la providencia de fecha 5 de abril último, se acuerda la devolución a la recurrente de los documentos a que el mencionado proveído se refiere. En consecuencia,

### **Fallamos**

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal de la empresa "S.S., S.A.", contra la sentencia de fecha doce de enero de dos mil, dictada por el Juzgado de lo Social número dos de A Coruña, en proceso por despido promovido por don F.J.Q.T. frente a la recurrente y "C.E.S.S., S.A.", debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida. Se decreta la pérdida del depósito necesario que la recurrente ha constituido para recurrir, a la que se condena a que abone a la parte contraria la cantidad de veinticinco mil pesetas, en concepto de honorarios de su abogado. Se acuerda hacer devolución a la recurrente de los documentos a que se hace mención en el fundamento de derecho último de la presente resolución.

**2966 RECURSO N°  
03/0007884/1999**

S. CA.

**FALTA DE COTIZACIÓN POR CONCEPTOS SALARIAIS, CONSISTENTES EN ANTICIPOS MENSUAIS A CONTA DA REVISIÓN DO CONVENIO.**

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Bautista Quintas Rodríguez

En la Ciudad de A Coruña, treinta 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 recurso de apelación que, con el número 03/0007884/1999, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por Autoridad Portuaria de A Coruña, representado por don J.B.F. y dirigido por el Letrado don J.F.F.A., contra sentencia de 26.05.99 que desestima recurso nº 407/99 (P.A.)

interpuesto contra resolución de 11.12.98 de Dirección Gral. de Ordenación de la Seguridad Social que confirma otra de Dirección Prov. A Coruña (Expte. 5.660/98. Acta 1.699/97), dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 1 de A Coruña. Es parte apelada Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, representada por el abogado del Estado.

### **Antecedentes de hecho**

I. Dictada sentencia por el Juzgado de instancia y notificada, se interpuso contra la misma recurso de apelación que fue tramitado en forma, con el resultado que obra en las actuaciones, sin que ninguna de las partes hubiesen solicitado la práctica de pruebas ni la celebración de vista pública, por lo que, en su día, se acordó dar traslado de las actuaciones al ponente para resolver el recurso.

II. En la tramitación del recurso se observaron las prescripciones legales, a excepción del plazo para dictar sentencia, por la cantidad de asuntos pendientes en la Sala.

### **Fundamentos de derecho**

I. Ha de conocer esta Sala en grado de apelación en el presente proceso sobre la conformidad al ordenamiento jurídico y doctrina jurisprudencial, de la sentencia del Juzgado de lo Contencioso núm. 1 de los de A Coruña, cuyo fallo declaró conforme a Derecho la resolución de la Directora General de Ordenación de la Seguridad Social del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de fecha 11 de diciembre de 1998 en virtud de la cual desestima recurso ordinario contra resolución dictada por la Dirección Provincial de Trabajo, Seguridad Social y Asuntos Sociales de A Coruña mediante la que se confirma propuesta de resolución en Acta de Infracción núm. 1.699/97 de sanción con multa de 500.000 ptas. como autora de una falta tipificada y calificada como grave en el art. 14.1.5 de la Ley 8/88, en su grado máximo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 36.1 de dicha Ley. Los elementos fácticos, a exponer en síntesis para la mejor comprensión del problema jurídico, son los siguientes: En virtud de visitas efectuadas al centro de trabajo apelante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña ha comprobado que los trabajadores venían percibiendo mensualmente una cantidad, incluida en las hojas de salarios respectivas, bajo la denominación de anticipo a cuenta de revisión convenio 1996 por la cual no se había cotizado a la Seguridad Social hasta el 31.07.97. A dichas cantidades sí se les ha venido aplicando mensualmente retención a cuenta del IRPF.

II. El Juzgado de lo Contencioso, como se ha dicho, desestimó el recurso siendo su razón de decidir la siguiente: no haber promovido prueba distinta de la contenida en el expediente sancionador, por lo que conservó validez toda la actividad probatoria de la Administración en consideración a la cual confirmó propuesta de sanción efectuada por la Inspección de Trabajo y S.S.; que el expediente de Autos constituye prueba inequívoca de la inexistencia de cotización por parte de la apelante en el sentido de no haberse llevado a cabo en el mes siguiente al de la operación durante el año 1996 y sí con posterioridad en el mes de junio de 1997, de forma extemporánea por tanto, con vulneración del art. 15.2 del R.D. Leg. 1/94 de 19 de junio; la apelante no hizo más que descontar e ingresar fuera de plazo las cuotas correspondientes a la Seguridad Social, lo que constituye la infracción que se le imputa.

Es claro, pues, que el planteamiento del recurso revierte a si el Juzgado ha hecho aplicación correcta de la normativa aplicable al caso, efectuando el correspondiente razonamiento o si por el contrario se limitó a señalar que existió infracción, omitiendo un mínimo razonamiento sobre el cómputo de los anticipos como conceptos cotizables, como denuncia la apelante.

Ha de concluirse de las alegaciones efectuadas por dicha apelante para fundamentar el presente recurso que los anticipos a cuenta abonados mensualmente a los trabajadores en su parecer no son conceptos cotizables; en efecto son contestes las partes en que a los trabajadores se les abonó, cantidades incluidas en nóminas, cada mes, a las que se denominaban anticipos a cuenta revisión convenio de 1996, pero luego, según se observa de lo actuado, no se han deducido de los haberes de aquellos, resultando, en definitiva, que de lo que se trataba era de devengos salariales propiamente dichos, como entendió la doctrina jurisprudencial del ya desaparecido TCT, contenida entre otras, en sentencia de 26.06.84.

Obviamente el carácter retributivo de esos anticipos es sin duda una cuestión de índole laboral, cuyo conocimiento no corresponde a este Orden Jurisdiccional (art. 2, letra a) de la derogada Ley de la Jurisdicción, o 3, letra a) la de la vigente), si bien la cuestión de fondo a revisar es si la base de cotización para todas las contingencias y situaciones amparadas por la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social, incluidas las de accidente de trabajo y enfermedad profesional, la constituye la remuneración total, cualquiera que sea su denominación, que con carácter mensual tenga derecho a percibir el trabajador (por supuesto los anticipos de referencia, dada la condición salarial

que poseen según criterio jurisprudencial que se señala) o no.

La ratio decidendi de la presente litis la contiene el art. 109 del Real Decreto Legislativo núm. 1/94, de 19 de junio, antes mencionado, al establecer que estará constituida por la retribución total, cualquiera que sea la denominación, que mensualmente el trabajador tenga derecho a percibir, o la que efectivamente perciba de ser ésta superior por razón del trabajo que realice por cuenta ajena, no computándose ninguna de las cantidades que pudieren corresponderle por los conceptos que se mencionan en el párrafo 2 del meritado precepto, entre las que -y a mayor abundamiento- sin duda no se incluyen tales anticipos.

En consecuencia, no debe hacerse ningún reproche de vulneración del ordenamiento a la sentencia impugnada, pese al no pronunciamiento sobre la naturaleza salarial de los anticipos -cuya omisión la apelante denuncia- en coherencia con la doctrina jurisprudencial que se cita, por devenir en este Orden ajeno tal pronunciamiento, reproche al que tampoco es óbice la inexistencia de culpabilidad que se alega, por cuanto que por hechos constitutivos de infracción administrativa pueden ser sancionadas las personas que resulten responsables aún a título de inobservancia, constituyendo la intención un criterio de graduación (art. 130.2 y 131.3 de la Ley 30/92); luego procede desestimar el presente recurso de apelación.

III. No dándose las circunstancias del art. 139.1 de la Ley de la Jurisdicción, a efectos de una expresa condena en costas, no procede su imposición.

Vistos los artículos citados y demás preceptos de general y pertinente aplicación.

### **Fallamos**

Que desestimamos el recurso de apelación interpuesto contra Sentencia de 26.05.99 que desestima recurso nº 407/99 (P.A.) interpuesto contra resolución de 11.12.98 de Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social que confirma otra de Dirección Provincial de A Coruña (Expte. 5.660/98. Acta 1.699/97), dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 1 de los de A Coruña. Sin imposición de costas.

**2967 RECURSO N°  
03/0008033/1999**

S. CA.

**INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA DO EMPRESARIO EN MATERIA DE TEMPO DE TRABALLO.**

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Antonio Vesteiro Pérez  
En la Ciudad de A Coruña, treinta 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 recurso de apelación que, con el número 03/0008033/1999, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por Autoridad Portuaria de A Coruña, representado por don J.F.F.A., y dirigido por el letrado don J.F.F.A., contra sentencia de 17.07.99 que desestima recurso contra resolución de 13.11.98 que desestima otra de la Delegación Provincial de la C. Xustiza en A Coruña sobre acta de infracción nº 32/98; Expte. nº 466/98; Procedimiento abreviado nº 424/99, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 1 de los de A Coruña. Es parte apelada Consellería Xustiza, Interior e Relacións Laborais, representada por el letrado de la Xunta de Galicia.

### **Antecedentes de hecho**

I. Dictada sentencia por el Juzgado de instancia y notificada, se interpuso contra la misma recurso de apelación que fue tramitado en forma, con el resultado que obra en las actuaciones, sin que ninguna de las partes hubiesen solicitado la práctica de pruebas ni la celebración de vista pública, por lo que, en su día, se acordó dar traslado de las actuaciones al ponente para resolver el recurso.

II. En la tramitación del recurso se observaron las prescripciones legales, a excepción del plazo para dictar sentencia, por la cantidad de asuntos pendientes en la Sala.

### **Fundamentos de derecho**

I. Se cuestiona en el presente recurso de apelación la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso núm. 1 de esta ciudad a virtud del cual se confirma la sanción que por importe de

150.000 ptas. se le impuso a la Autoridad Portuaria de A Coruña por vulneración de los arts. 95.4 y 97 del R.D.L. 1/95 de 24 de marzo por el que se aprueba el TR de la Ley sobre el E. de los Trabajadores, al cometer una falta grave por transgresión de las normas y límites legales o paccionados en materia de jornada, trabajo nocturno, horas extraordinarias, descansos y vacaciones y en general el tiempo de trabajo a que se refieren los arts. 23 y 24 a 38 de la presente Ley, por ello al ser normas imperativas que evidentemente protegen como bien jurídico fundamental, la salud e integridad física de los trabajadores en materia laboral en cuanto se infringe, supone una merma en el rendimiento óptimo de los mismos.

II. Si bien es cierto que las facultades organizativas y estructurales de la empresa en este caso el Ente Autonómico exige y debe velar por un mejor servicio de los mismos, también es cierto que no puede modificar las condiciones laborales de los trabajadores en cuanto puedan afectar a las condiciones que estén recogidas en las relaciones contractuales de tal manera que no puede de forma unilateral y caprichosa modificarlas, por lo que si se ha producido un cambio en los turnos dicha modificación exige una debida motivación o justificación que los respalde, sin perjuicio de tercero lo que equivaldría a no respetar o mermar los derechos del trabajador.

III. Igualmente la existencia de una falta de tipificación en cuanto no está prevista la infracción pero si examinamos el contenido de los arts. 34 a 38 del E. de los Trabajadores, si cabe la previsión como infracción grave en cualquiera de los supuestos previstos en los citados preceptos, de tal forma que al no haber unas razones objetivas y especial justificación de dichos cambios de turnos necesitaría un acuerdo o convenio con los mismos interesados para soslayar, o, en otro caso compensar con otros beneficios las modificaciones de los turnos, ello implica que una rotación en igualdad de condiciones lo que no tuvo lugar al sustituirle un cargo por otro independientemente repetimos de la potestad organizativa y de dirección de la Entidad recurrente.

IV. Tampoco cabe alegar que se trata de una alteración de carácter episódico o temporal cuando ello afecta a la capacidad y competencia del trabajador, máxime cuando según se constata en el Acta de Infracción inicial de este procedimiento la reiteración por hechos similares en otras ocasiones (folio 65) lo que induce a exigir mayor rigor en la actuación para velar por observancia de su cumplimiento y sin que pueda

decirse que no afecta a modificaciones esenciales en las condiciones de trabajadores.

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

### **Fallamos**

Que desestimamos el recurso de apelación interpuesto contra Sentencia de 17.07.99 desestimatoria de recurso contra resolución de 13.11.98 que desestima otra de la Delegación Provincial de la Consellería de Xustiza en A Coruña sobre acta de infracción nº 424/99., dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 1 de los de A Coruña. Sin imposición de costas.

**2968 RECURSO N°  
03/0009504/1996**

S. CA.

**PRIMACÍA DA BAIXA REAL SOBRE A FORMAL, A EFECTOS DA ESIXENCIA DE COTIZACIÓNNS NON INGRESADAS NO RETA.**

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Bautista Quintas Rodríguez

En la Ciudad de A Coruña, treinta y uno 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 03/0009504/1996, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por E.B.C.L., con D.N.I... domiciliado en...(Vigo), representado por doña M.D.V.P. y dirigido por el letrado don G.A.S., contra Resolución de 02.08.96 desestimatoria de recurso ordinario contra reclamación sobre providencia de apremio 91/7761/60 del Régimen General de Trabajadores Autónomos, nº Identificación... Es parte la Administración demandada Tesorería General de la Seguridad Social-Vigo, representada por el letrado de la Seguridad Social. La cuantía del asunto es determinada en 903.075 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 23 de mayo 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 1 de octubre de 1996 por la que se desestimó reclamación del recurrente contra la Tesorería General de la Seguridad Social -Dirección Provincial de Pontevedra en Vigo- en el expediente de apremio 91/7761/60 del Régimen General de Trabajadores Autónomos por desestimación de la reclamación planteada para reintegro de la cantidad de 903.075 ptas.

La citada resolución desestimó la reclamación formulada por el interesado, quien cesó en su actividad con fecha 30 de abril de 1987 y la Tesorería no acreditó, pese a la baja, haberse lucrado de alguna prestación a la que podría tener derecho, de estar incluido en dicho régimen; que los supuestos descubiertos de cotización obedecer a que la baja formal en el citado régimen tuvo lugar el 19 de marzo de 1993, aunque con efectos de 31 de abril de 1987.

La Administración demandada -Tesorería General de la Seguridad Social- comparece en el proceso e interesa la desestimación de la demanda por ser conforme a derecho.

II. En el caso de autos se impugna pues resolución de la Tesorería General de la Seguridad Social desestimatoria de recurso deducido por la parte recurrente con fundamento en que la misma no se dió de baja en el RETA hasta el 19 de marzo de 1993, fecha que se

deduce del parte de baja obrante en el expediente, pese a que el recurrente hizo constar a la Administración demandada por certificación de fecha 26.02.93 de la AEAT-Delegación en Vigo-643.13 vía menor muebles serie desde el 01.02.84 y hasta el 14.02.89 y pese a ser dado de baja en el padrón de las exacciones unificadas industriales con fecha 23 de abril de 1987.

El art. 8 del Decreto 2.530/70 señala en efecto que la inclusión en ese Régimen Especial de la Seguridad Social, como es el de Autónomos, por si sola no produce efectos, sin perjuicio incluso del valor de los censos sindicales para la determinación de las correspondientes actividades; es menester acreditar el ejercicio material de la actividad o actividades que motivan su inclusión en tal Régimen. Obviamente en el supuesto que se examina, se certifica la baja en la Licencia Fiscal o el Impuesto de Actividades Económicas, por lo que, no obstante cursar la baja formal en el régimen el 19 de marzo de 1993 todavía, dado que la material ya había tenido lugar, ello no es óbice a que se atienda al criterio material de la baja en la actividad que venía ejerciendo el recurrente, como se acredita por tal certificación, a partir del 14 de febrero de 1989, de la Delegación de la AEAT en Vigo, para que se esté a dicha baja material, al ser tal tesis causalista la que ha de primar sobre criterios formalistas, como la Sala tiene afirmado en otros recursos en los que se suscita simular cuestión, siguiendo incluso jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal Supremo.

Por lo que precedentemente se razona procede estimar el presente recurso contencioso-administrativo.

III. Al no apreciarse temeridad o mala fe en la interposición del recurso, no procede hacer expresa imposición de costas del mismo a las partes, de conformidad con las previsiones del art. 131.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-administrativa.

Vistos los artículos citados y demás preceptos de general y pertinente aplicación.

### **Fallamos**

Que estimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por E.B.C.L. contra Resolución de 02.08.96 desestimatoria de recurso ordinario contra reclamación sobre providencia de apremio 91/7761/60 del Régimen General de Trabajadores Autónomos, nº identificación... dictado por Tesorería General de la Seguridad Social-Vigo; y en consecuencia debemos declarar: a) la nulidad de las resoluciones impugnadas; y b) el derecho del recurrente a no

estar obligado al pago de las cantidades que se le reclaman, con los demás pronunciamientos inherentes. Sin imposición de costas.

**2969 RECURSO N°  
03/0009514/1996**

S. CA.

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

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Bautista Quintas Rodríguez

En la Ciudad de A Coruña, treinta y uno 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 03/0009514/1996, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por "P., S.A." domiciliado en ... (A Coruña), representado y dirigido por el letrado don M.R.G., contra Resolución de 09.10.96 desestimatoria de recurso contra otra de la Delegación en Lugo de la C. Xustiza, Interior e Relacións Laborais sobre acta de infracción nº 129/96, Expte. nº 259/96. Es parte la Administración demandada Consellería Xustiza, Interior e Relacións Laborais, representada por el letrado de la Xunta de Galicia. La cuantía del asunto es determinada en 250.000 ptas.

**Antecedentes de hecho**

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

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

III. No habiéndose recibido el asunto a prueba, y seguido el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 23 de mayo de 2000, fecha en que tuvo lugar.

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

**Fundamentos de derecho**

I. Por don M.R.G., abogado en ejercicio, en nombre y representación de la compañía mercantil denominada "P., S.A.", se impugna en esta vía jurisdiccional la resolución del Director General de Relaciones Laborales de la Consellería de Justicia, Interior y Relaciones Laborales de la Xunta de Galicia, de fecha 9 de octubre de 1996 recaída en el expediente núm. 259/96 por la que se desestima recurso ordinario contra resolución dictada en el expediente sancionador iniciado a raíz del levantamiento de acta de infracción núm. 128/96 de la Inspección de Trabajo mediante la que se propone y luego se confirma por la pertinente resolución de la Delegación Provincial competente sanción de multa por importe de 255.000 ptas. que le ha sido impuesta como autora de una infracción contenida en el art. 47.16 de la Ley 31/95 calificada como grave en su grado mínimo por aplicación de las circunstancias del art. 49.1.f) y 49.4.b) de la referida ley.

La parte recurrente aduce como argumentos impugnatorios básicamente que no ha incurrido en la conducta aquí sancionada, ya que por una parte no existió el peligro que se refiere en el Acta de Infracción y por otra deviene improbadla la conclusión a que llegó la Inspección, a la que compete la exigencia social de desarrollar una acción constante y eficaz tanto en defensa del trabajador como de su familia mediante el cumplimiento adecuado del ordenamiento jurídico laboral.

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

II. Conviene recordar, en efecto, 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, siempre que constaten, a la vista de las

actuaciones practicadas la existencia de hechos constitutivos de infracción.

Y aplicando la anterior doctrina, al caso de autos, ciertamente hay que confirmar las resoluciones impugnadas, pues aunque el acta deriva de la inspección realizada el día 28 de marzo de 1996 al lugar de los hechos y aunque no se ha producido ningún accidente, el hecho constitutivo de la infracción es la omisión de las medidas que han debido adoptarse, independientemente de que la acción protectora de éstas estuviese suplida por el voladizo constituido por los ventanales o galerías existentes, toda vez que la filosofía de la adopción de las medidas de seguridad que exige el ET en su art. 19 es la prevención del peligro, al margen de que el riesgo pueda producirse o no.

Las alegaciones, sin duda, desenvueltas en vía administrativa se reproducen y subyacen en la relación procesal inter partes ahora constituida. Es de ver, por consiguiente, que en méritos a tales alegaciones la pretensión de la actora no merece ser aceptada.

El ET contempla, en efecto, el deber de seguridad e higiene básicamente, como un deber del empresario derivado del contrato de trabajo; como contrapartida reconoce en su art. 4.2 el derecho de los trabajadores a la “integridad física y a una política de seguridad e higiene”, siendo este derecho objeto de un mayor desarrollo en el propio Estatuto, art. 19 -al que nos hemos referido- así como en otras disposiciones legales, como la Ley General de Sanidad, alcanzando este derecho incluso rango constitucional, en cuanto que como principio ha de inspirar la política económica y social (art. 40 de la CE), que a los poderes públicos le compete fomentar.

Consecuencia de estas premisas normativas es que el empresario es deudor de una protección eficaz en materia de seguridad e higiene, pues aunque intente argüir que los hechos no devienen probados o que en todo caso ningún accidente se ha producido, tales medidas deben adoptarlas en todos sus respectivos centros de trabajo, entendidos estos como los distintos espacios o lugares donde el trabajador preste sus servicios por cuenta y bajo la dirección u organización del empleador o empresario (art. 1 del ET). El Derecho del Trabajo parte, por tanto, del principio, al menos presuntivo, de que el empresario controla o puede controlar el espacio, medio o lugar donde el trabajo se ejecuta y le sujeta, en consecuencia, a prescripciones en materia de seguridad. Obviamente entre esas prescripciones figuran las condiciones generales de los centros de trabajo, como barandillas de protección sobre soportes transportadores con cinturones de seguridad incluso, medidas que

debieron observarse por la empresa recurrente, y esta no las ha observado. A mayor abundamiento un enfoque moderno de la seguridad integrada presupone una política de localización de los riesgos, una actividad de prevención y una actividad de protección que ha de ser gestionada por alguien de la empresa en calidad de técnico y líder en materia de seguridad que procure no solo planificar sino implementar dicha política; su falta sin embargo -al menos según se desprende de las presentes actuaciones- deviene en patente, pues la empresa parece ceñir únicamente toda su política de seguridad al supuesto de que no eran necesarios, pues aparecen sustituidas por la acción protectora de lo que deja dicho.

En consecuencia, procede desestimar el recurso planteado.

III. Al no apreciarse temeridad o mala fe en la interposición del recurso, no procede hacer expresa condena en las costas del mismo a las partes, de conformidad a las previsiones del art. 131 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo.

Vistos los artículos citados y demás preceptos de general y pertinente aplicación

#### **Fallamos**

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por “P., S.A.” contra Resolución de 09.10.96 desestimatoria de recurso contra otra de la Delegación en Lugo de la Consellería de Xustiza, Interior e Relaciones Laborais sobre acta de infracción nº 128/96. Expte. nº 259/96 dictado por Consellería de Xustiza, Interior e Relaciones Laborais. Sin imposición de costas.

**2970 RECURSO N°  
03/0009539/1996**

S. CA.

**REQUISITOS REGULAMENTARIOS SOBRE SOLICITUDE DE AXUDAS DE FOMENTO DO EMPREGO DE TRABALLADORES DIMINUÍDOS.**

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Bautista Quintas Rodríguez

En la Ciudad de A Coruña, treinta y uno 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 03/0009539/1996, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por J.M.L.D. con D.N.I... domiciliado en...(Vigo), representado por don J.M.G.M., y dirigido por el letrado doña M.Y.R. (Habilitado), contra Resolución de 09.10.96 desestimatoria de recurso contra otra de la Dirección Provincial del I.N.E.M. de Pontevedra sobre solicitud de ayudas para el fomento de empleo de trabajadores minusválidos, R.D. 1.451/83; Exp. 9.586/96. Es parte la Administración demandada Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, representada por el abogado del Estado. La cuantía del asunto es determinada en 500.000 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 23 de mayo de 2000, fecha en que tuvo lugar.

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

### **Fundamentos de derecho**

I. Por el presente recurso se impugna resolución de la Dirección Provincial del INEM de fecha 26 de abril de 1996 dictada en expediente núm. 518/96 y contra resolución de fecha 9 de octubre de 1996, dictada por el Jefe de Servicio del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, desestimatoria del recurso ordinario interpuesto contra aquélla.

La parte actora deduce pretensión anulatoria de tal resolución con fundamento en que el art. 8 del RD 1.451/83 está inspirado y tiene su apoyo legal en el LBE de 8 de octubre de 1980 y en el antiguo ET, normativa que concebía al INEM como un servicio gratuito y público que gestionaba en exclusiva la contratación laboral.

Según el art. 16.1 del ET los empresarios estaban obligados a solicitar los trabajadores que necesitaban en la Oficina de Empleo. Con posterioridad por ley 10/94 y RDL 1/95 suprime mediante modificación el art. 16.1 del ET. El apartado segundo de la Exposición de Motivos de la Ley 10/94 reconoce que la solicitud de los trabajadores de la oficina de Empleo es una inútil carga burocrática y en consecuencia se elimina la obligación del empresario de contratar a través del INEM.

Obviamente la legislación que regula las distintas modalidades de contratación que han sido publicadas con posterioridad a la ley 10/94 y no establecen esa obligación de solicitar trabajadores del INEM, sino tan solo de formalizar la contratación, requisito este que "F.E. 96" cumplió correctamente.

Según la Disposición Derogatoria única de la Ley 10/94 y la del RD Leg. 1/95, las disposiciones de rango inferior o igual rango que se opongan a dichas leyes, incluyéndose dentro de esa derogación el art. 8 del RD 1.451/83, en cuanto que el mismo hace referencia a la obligación de solicitar trabajadores de la oficina de empleo, lo que contradice el art. 16.1 del ET, quedan derogadas.

La Administración demandada -Estatal- comparece en el proceso e interesa la desestimación de la demanda por ser conforme a derecho la resolución impugnada.

II. Se impugna en el presente proceso por la parte recurrente la legalidad de la resolución de la Dirección Provincial del INEM en Vigo (Pontevedra) de 9 de octubre de 1996 por delegación de su Director General que acuerda denegar los incentivos solicitados por cuanto no se cumplen los requisitos exigidos en el art. 8 del R.D. 14.512/83 por el cual las empresas que pretendan acogerse a las ayudas previstas en la Orden Ministerial de 13 de abril de 1994 para contratación de personal minusválido, deberán solicitar del INEM su contratación, solicitud que no formuló el recurrente.

Para centrar la cuestión es preciso referirnos de una manera general a la doctrina que sobre esta materia se halla recogida tanto jurisprudencial como doctrinalmente, sin olvidarnos de la

referencia legal de la que ha sido extraída, imponiéndose una cuestión previa cual es la de considerar el alcance de lo establecido en una norma de rango reglamentario, por cuanto lo primero que ha de analizarse es si tal norma entra dentro de las materias propias de la organización ministerial o bien si se trata de un mandato condicionado por el a su vez mandato del art. 8º del RD 1.451/83, restrictivo así mismo del contenido de la Ley 10/94, que reformó art. 16º del ET en su redacción originaria.

A este respecto y del examen de la normativa citada se observa en relación con la segunda alternativa que si la ley 10/94 no hace alusión expresamente al art. 8º del RD 1.451/83, sí lo hace a una norma cuya reproducción efectúa ese precepto, cual es la del art. 16.1 del ET en su redacción originaria, con lo que -al quedar este derogado- se pone término al monopolio de la contratación que ostentaba el INEM, para compartirlo a partir de entonces con las denominadas Empresas Temporales de Contratación, por lo que no se puede exigir la observancia de un condicionante, que ha quedado eliminado por el propio legislador, el cual ya no puede ser óbice para poder lucrarse de las ayudas que se interesan, de cumplir los demás requisitos a que tales ayudas se condicionan, como parece cumplir el recurrente, lo que lleva a compartir los argumentos que este esgrime; en consecuencia procede estimar el presente recurso.

Tratándose obviamente de una O.M. la que regula los requisitos a los que se condiciona la obtención de tales ayudas, hemos de decir que: 1. La Ley 22/92 puede fijar en efecto unos requisitos por ejemplo de plazo fatal para la concesión de esos beneficios, o bien puede referirse al establecimiento del mismo, pero dejando la concreción a un futuro Reglamento, que en todo caso ha de ser un Rgto. de los llamados normativos por cuanto del cumplimiento del plazo depende o no la existencia del derecho mismo o incluso a través de una Orden. 2. Ahora bien cabe preguntarse conforme a ello si es válida, a través de una O.M. la imposición de un plazo de 30 días, siguiente a la contratación o transformación, para solicitar tales ayudas. A ello debemos contestar afirmativamente si interpretamos que: -El establecimiento de un plazo a fin de solicitar y obtener determinadas ayudas entra dentro, en principio, de la materia propiamente organizativa del Ministerio, siempre que no se entienda tal plazo como un plazo fatal restrictivo de los derechos contenidos en el texto legal. Ello tiene su base en la libertad de disposición que ha de reconocerse a la Administración al regular las relaciones de funcionamiento o instrumentales derivadas del núcleo básico regulado por Ley, y

complementariamente por el Reglamento que hemos llamado normativo, que en modo alguno puede restringir la ley. No obstante, ello no puede suponer que transcurrido el mencionado plazo o establecidos requisitos que excedan del mandato legal se extingan los beneficios ligados a la contratación por cuanto ni el R.D. ni la Orden pueden contener mandatos normativos nuevos, y menos si estos son restrictivos de los derechos expresados en el texto legal, ni excederse de la materia propiamente organizativa a la que ya hemos hecho referencia.

El art. 8º del R.D. 1.451/83 debe pues ser interpretado conforme a tales criterios, en el sentido de que ha de entenderse derogado en cuanto exige oferta previa del INEM para obtener los beneficios que interesa.

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

III. No son de apreciar, no obstante, 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 J.M.L.D. contra Resolución de 09.10.96 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial del INEM de Pontevedra sobre solicitud de ayudas para el fomento de empleo de trabajadores minusválidos, R.D. 1.451/83; Exp. 9.586/96 dictado por Ministerio de Trabajo y Seguridad social; y en consecuencia, debemos declarar: a) la nulidad de las mismas por no ser conformes a Derecho y b) el derecho del recurrente a la ayuda que interesa. Sin imposición de costas.

**2971 RECURSO N° 1.692/00**

S. S.

**IMPROCEDENCIA DE PAGAMIENTO DE SALARIOS DE TRAMITACIÓN A TRABALLADOR DESPEDIDO QUE SE ENCONTRA EN SITUACIÓN DE INCAPACIDADE TEMPORAL.**

Ponente: Ilma. Sra. Doña Pilar Yebra Pimentel Vilar  
A Coruña, a uno de junio 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. 1.692/00, interpuesto por la empresa “J.M.G.P.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Ferrol.

**Antecedentes de hecho**

**PRIMERO.-** Que según consta en autos se presentó demanda por doña M.G.V.R., en reclamación de despido siendo demandada la empresa “J.M.G.P.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 568/99 sentencia con fecha veinticuatro de enero de dos mil por el juzgado de referencia que estimó la demanda.

**SEGUNDO.-** Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1.- La actora prestó servicios laborales para la empresa demanda desde el 10 de septiembre de 1997, con la categoría profesional de dependienta con inclusión de las partes proporcionales de pagas extras, realizando en el momento del despido las labores propias de su categoría profesional. El salario pactado en el contrato fue el S.M.I. vigente en cada momento más la parte proporcional de dos pagas extras.- 2.- A medio de carta de fecha 21 de octubre de 1999 fue despedida con el siguiente contenido. Ocurridos los siguientes hechos durante el mes de septiembre: -Amenazas verbales e insultos a mi persona.- Desobediencia e indisciplina al negarse a efectuar los trabajos de abrir paquetes y preparar el escaparate. Le comunico que motivado por los hechos anteriormente citados, los cuales son considerados como incumplimientos contractuales por el art. 54.2 en los apartados b) y c) del R.D.L. 1/95 por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores y a tenor de lo dispuesto en el art. 54.1 del E.T. he decidido extinguir su contrato de trabajo, mediante despido basado en repetidos incumplimientos graves y culpables suyos. La decisión empresarial tendrá efectos de la fecha de su firma. Asimismo se le comunica que tiene a su disposición en la “A.O.” la liquidación que le corresponde hasta el anteriormente citado día, y sin que en el acto de juicio se acredite por la empresa demandada la causa del despido dada su incomparecencia.- 3.- La actora se encontraba en el momento del despido en situación de I.T. desde el 20.09.99 por síndrome depresivo siendo sustituida por la trabajadora M.R.R.R. en virtud

de contrato de fecha 29.09.99.- 4.- La facturación de la empresa era además de artículos correspondientes a librería (artículos de papelería, libros, libros de texto, prensa y revistas), de artículos correspondientes a cerámica, ropa vaquera, gominolas y frutos secos, helados, perfumes, artículos de regalo y tarjetas de telefónica siendo en todo caso mayor la actividad de la empresa en relación con artículos de librería que en relación al resto de artículos siendo el nombre comercial de la empresa Librería C.D.P. Papelería. La empresa está de alta en el I.A.E. desde fecha 07.09.97 con el epígrafe 662.2 correspondiente a la actividad de comercio al por menor de toda clase de artículos.- 5.- La actora ha interpuesto demanda, autos 531/99 seguidos en el Juzgado de lo Social nº 2 de Ferrol, contra la empresa por cantidades en fecha 29.10.99 reclamando la aplicación del Convenio Colectivo de Papel y Artes Gráficas así como un total de 507 horas extras realizadas desde el inicio de su relación laboral hasta el mes de agosto de 1999. Que el actor del juicio oral está señalado para el día 27.01.00 a las 11,30 horas.- 6.- El día 12 de noviembre de 1999 se celebró el acto de conciliación administrativo con el resultado de SIN AVENENCIA. En fecha 16.11.99 la empresa consignó en la cuenta de consignaciones del Juzgado Decano de Ferrol la cantidad de 34.397 ptas. en concepto de indemnización más la de 52.633 ptas. en concepto de salarios de tramitación”.

**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 improcedente el despido objeto de este proceso y condeno a la empresa “J.M.G.P.” a que readmita inmediatamente a doña M.G.V.R. en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, o bien, a elección del empresario, a que abone a la parte actora una indemnización de 412.893 ptas.”.

**CUARTO.-** Que con fecha 1 de febrero de 2000 de dictó auto de aclaración que en su parte dispositiva dice: RESUELVE: Que procede añadir la hecho probado primero a continuación de su contenido lo siguiente: “El salario correspondiente a la categoría de dependiente según el Convenio Colectivo del Papel y Artes Gráficas publicado en el BOE el 18.08.97 es de 130.242 pesetas incluido el prorrato de pagas extras”.

**QUINTO.-** 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.**- Frente a la sentencia de instancia que estimó la demanda y calificó como improcedente el despido y condenó a la empresa demandada a que readmitiese a la actora o bien le abone una indemnización de 412.893 pts. y asimismo cualquiera que fuese su opción a que satisfaga a la actora los salarios que no haya percibido desde la fecha del despido, hasta la notificación de la presente resolución, teniéndose en consideración a tal efecto el salario que se estima acreditado en hecho probado 1º y teniendo en cuenta la limitación que establece el art. 571 del E.T. y que hasta la fecha asciende a la cantidad de 412.395 pts. interpone recurso de suplicación la empresa demandada “J.M.G.P.”.

**SEGUNDO.**- Que la empresa “J.M.G.P.” interpone recurso de suplicación frente a la sentencia de instancia, invocando dos motivos de suplicación, correctamente amparadas en los apartados b) y c) de la L.P.L. Que al amparo del ap. b) del art. 191 de la L.P.L. interesa la revisión de los hechos declarados probados, interesando en primer lugar y respecto al hecho Primero la supresión de la frase “...realizando en el momento del despido las labores propias de su categoría profesional”, y su sustitución por la siguiente: “...encontrándose en el momento del despido en situación de incapacidad temporal”, supresión y sustitución que tiene su apoyo en los folios, 30, 33, 35 y 50 y tal y como se recoge en el hecho tercero del relato fáctico, y procede acceder a la supresión solicitada y su sustitución por la frase interesada, el apoyarse en documento que evidencia el error del juzgador. Que interesa asimismo la empresa recurrente la revisión del hecho segundo de las declaradas probados, pretendiendo la supresión en definitiva del último párrafo del citado hecho donde dice “...y sin que en el acto de juicio se acredite por la empresa demandada la causa del despido, dado su incomparecencia”, apoyándose en los folios 596 y 597, y procede acceder a la supresión interesada, al constatarse en el acta de juicio, y en la propia sentencia (antecedentes de hecho) que la empresa si compareció al acto de juicio y evidenciándose por tanto error en el juzgador. Y por último, se interesa asimismo por la demandante la revisión del hecho probado 4º proponiendo la sustitución del párrafo segundo donde figura la frase “...siendo en todo caso mayor la actividad de la empresa en relación a la venta de prensa y revistas que en relación al resto de los artículos”, por el siguiente texto “...siendo en todo caso mayor la actividad de la empresa en relación a la venta de prensa y revistas que en relación al resto de los artículos”. Sustitución pretendida que apoya a los folios 98 a 307. Y dicha pretensión revisora no puede prosperar al no evidenciarse error del juez “a quo” en la valoración del acervo

probatorio, habiendo el mismo hecho uso de las facultades al efecto confirmadas en el art. 97.2 de la L.P.L. y 632 de la L.E.C. Y asimismo se denuncia error en el antecedente procesal segundo último párrafo, y ello por cuanto que alega, que de la propia acta de juicio se deduce que la empresa se opuso a la demanda solicitando la desestimación de la demanda, y declaración de pertinencia del despido como resulta de los folios 596, 597 y 74 y 75 de las actas. Y si que procede por la vía del ap. b) del art 91 de la L.P.L., la revisión de los antecedentes de hecho de la sentencia, sino únicamente de los hechos declarados probados.

**TERCERO.**- En el ámbito jurídico y al amparo del apartado c) del art. 191 de la L.P.L. se denuncia por la recurrente infracción jurídica y de la jurisprudencia alegando en primer lugar aplicación errónea del art. 56.b) del E.T., dado que al encontrarse la trabajadora en situación de incapacidad temporal en el momento del despido y durante toda la tramitación, no debería haberse condenado a la demandada al pago de los salarios de tramitación, según mantiene reiterada jurisprudencia del T.S., sentencias de 16 de junio de 1994, 17 enero 1995 y 28 mayo 1999. Por tanto, el tema que se discute es si cuando un trabajador es despedido mientras se encuentra en situación de invalidez temporal, y el despido es declarado improcedente, durante el procedimiento resulta el trabajador acreedor de los salarios de tramitación, en los términos y con el alcance previsto en el art. 56.1.b) del E.T. a cargo del empresario, o si desaparece esta obligación al percibir el trabajador en ese tiempo, las prestaciones correspondientes a la Incapacidad Temporal, y efectivamente la cuestión así planteado ya ha sido resuelto por el T.S. en sentencias de 16.06.94, 03.10.94, 17.01.95 y de 28.05.95. Y precisamente en el sentido de entender que corresponde a la entidad gestora el abono de las prestaciones económicas derivadas de la incapacidad temporal, cuando ésa se ha producido durante el período en que el trabajador tiene derecho al período de salarios de tramitación, en caso de despido improcedente solución aplicable a los supuestos en que la incapacidad temporal se hubiese iniciado antes de la fecha del despido, la clave radica en la naturaleza de los salarios de tramitación de carácter compensatorio, para compensar la falta de abono de los salarios, desde la fecha del despido, de modo que sino subsiste la obligación de satisfacer los salarios tampoco cabría aplicar la medida compensatoria para reparar un quebranto económico inexistente. En definitiva, si la incapacidad temporal suspende el contrato y la suspensión exonera de las obligaciones de trabajar y remunerar el trabajo, cuando el despido se produce en ese tiempo en que no son debidos los salarios, tampoco cabe imponer a la empresa

el abono de los salarios de tramitación en el despido declarado improcedente, en el tramo temporal en que coincide el despido y la I.T. y con las prestaciones derivadas de esta contingencia. sin perjuicio del derecho de la actora de reclamar el abono de las prestaciones de I.T., que es competencia del INSS por lo que procede acoger la infracción denunciada, y no procede por lo expuesto la condena al empresario al pago de los salarios de tramitación al encontrarse la actora en situación de I.T. desde el momento en que se produjo el despido hasta la notificación de la sentencia. También al amparo del apar. c) del art. 191 de la L.P.L., se denuncia por la empresa infracción del art. 56.1 del E.T., en relación con el art. 110 de la L.P.L., y jurisprudencia del T.S., por cuanto que alega que en el presente procedimiento se ha establecido que es aplicable el Convenio de Comercio de Papel y Artes Gráficas, cuando según los preceptos citados el salario que ha de servir de módulo para fijar los salarios de tramitación y la indemnización por despido es el efectivamente percibido en el momento del despido o sea el correspondiente a la última nómina más la prorrata de pagas extra, constituyendo el hecho de entrar a valorar la aplicación o no de un convenio a los presentes autos una acumulación no permitida, con infracción del art. 27.2 de la L.P.L. Y respecto de ello decir, que no concurre la infracción denunciada, por cuanto que como señala la sentencia del T.S. de 08.06.98, el debate sobre cual debe ser el salario procedente es un tema de controversia adecuado al proceso de despido, pues se trata de un elemento esencial de la acción ejercitada, sobre el que debe pronunciarse la sentencia y en consecuencia es en el proceso de despido, donde debe precisarse el salario que corresponde al trabajador, sin que se desnaturaliza la acción, ni deba entenderse que se acumula a ella, en contra de la ley una reclamación inadecuada. Que asimismo, se denuncia también por la recurrente, infracción de los arts. 56.1, y 82.2 y 3 del E.T., así como vulneración del art. 2.2 del Convenio Colectivo mencionado del citado Comercio de Papel y Artes Gráficas, alegando sustancialmente que se esté aplicando al supuesto de autos el Convenio del Comercio de Papel y Artes Gráficas, basándose en que la actividad principal de la empresa era la de librería, siendo así, que la actividad principal era la de venta al por menor de toda clase de artículos con predominio de la prensa y revistas, lo cual no implica la aplicación del Convenio de Comercio de Papel y Artes Gráficas, no puede entenderse aplicable el citado convenio colectivo, debiendo de estar a lo dispuesto en el contrato de trabajo, donde se estipulaba como salario el mínimo interprofesional, con inclusión de las pagas extras. Y finalmente, se alega en relación con la anterior que se ha vulnerado lo dispuesto

en el art. 5.1 del citado Convenio Colectivo, pues dada la existencia de una comisión mixta con la facultad de interpretación del citado convenio ni la actora, ni el juzgador han solicitado consulta a la misma sobre la aplicabilidad o no del citado convenio al supuesto de autos, estimando la sala, que no se producen las infracciones denunciadas, por cuanto que la juzgadora “a quo” valorando conjuntamente y con arreglo a las reglas de la sana crítica en especial del acta de la Inspección de Trabajo, que gozan de presunción de certeza, respecto de los hechos constatados por el Inspector llega a la conclusión que se comparte que la actividad principal de la empresa demandada es la de librería y por tanto directamente aplicable el Convenio Colectivo del Papel y Artes Gráficas publicado en el B.O.E. el 18.08.99 y su revisión salarial que establece para la categoría de la actora un salario de 130.242 y tampoco puede admitirse la infracción del art. 5.1 del Convenio Colectivo, por cuanto que el mismo será aplicable aquellas empresas cuyo ámbito funcional coincide con el del convenio. Sin que sea necesario solicitar de la comisión mixta, ningún tipo de interpretación. Y por todo lo razonado anteriormente procede la estimación parcial del recurso en el particular relativo a la no condena a la empresa del pago de los salarios de tramitación desestimándolo en lo restante y procede revocar únicamente la sentencia en el sentido de dejar sin efecto la condena a la empresa de satisfacer a la actora los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido, a la notificación de la sentencia, que asciende a 412.395 pts. y confirmándola en los restantes pronunciamientos. En consecuencia

### **Fallamos**

Que estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por la empresa “M.G.P.” contra la sentencia de fecha veinticuatro de enero de dos mil dictado por el Juzgado de lo Social nº 1 de Ferrol, en autos tramitados a instancia de M.G.V.R., sobre despido frente a la empresa recurrente, en el particular relativo a la no condena a la empresa del abono a la actora de los salarios de tramitación y desestimándolo en lo restante procede revocar únicamente la sentencia en el sentido de dejar sin efecto al condena de la empresa de satisfacer a la actora los salarios de tramitación confirmándola en los restantes pronunciamientos.

**2972 RECURSO N° 1.979/00**

S. S.

COMPETENCIA PARA IMPUGNAR  
RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA  
AUTORIZANDO A EXTINCIÓN DE  
CONTRATOS EN EXPEDIENTE DE  
REGULACIÓN DE EMPREGO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Elías López Paz

A Coruña, a dos de junio 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. 1.979/00, interpuesto por don J.G.P. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Ferrol.

**Antecedentes de hecho**

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don J.G.P. en reclamación de regulación de empleo (extinción de la relación laboral) siendo demandada la empresa “M.N., S.A.” y la Administración del Estado (Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales) en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 479/98 sentencia con fecha dos de julio de mil novecientos noventa y nueve por el juzgado de referencia que desestimó la demanda.

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

“PRIMERO.- El demandante, don J.G.P., comenzó a prestar servicios laborales para la empresa “M.N., S.A.” el día 15 de marzo de 1971, ocupando últimamente la categoría profesional de Oficial de 2<sup>a</sup> Administrativo.-

SEGUNDO.- Por resolución del Ministerio de Trabajo de fecha 23 de febrero de 1995, dictada en el expediente de regulación de empleo nº 438/94, se autorizó a la empresa codemandada a la extinción de los contratos de trabajo de 126 trabajadores, entre ellos el actor. Contra esta resolución interpusieron el actor y otros recurso ordinario, desestimado el 7 de agosto de 1995 por entender, en lo que se refiere al demandante, que el centro de trabajo al que estaba adscrito era el... (Valencia), en el que no había otros

trabajadores de su categoría profesional y antigüedad. Una vez agotada la vía administrativa, el actor interpuso recurso contencioso-administrativo, el cual, tramitado en forma, concluyó con auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 4 de septiembre de 1998 en el que se declaró la falta de competencia de este Orden Jurisdiccional.- TERCERO.- A partir de agosto de 1979 el demandante, padre de familia numerosa (tres hijos), fue trasladado a diversas obras desde la oficina central de Bilbao, incorporándose el día 3 de octubre de 1994 al centro situado en la Central Nuclear de... (Valencia), procedente de... (León). En dicho centro se hallaba trabajando cuando se inició el citado expediente de regulación de empleo el día 21 de diciembre de 1994.- CUARTO.- En la empresa codemandada existían en el momento de iniciarse el expediente de regulación de empleo tres Oficiales de 2<sup>a</sup> Administrativos; de ellos, dos se vieron afectados por el expediente de regulación de empleo (además del actor, don J.L.B.L.), quedando fuera don G.G.M., por haber sido elegido representante de los trabajadores el día 11 de noviembre de 1994.- QUINTO.- Los trabajadores que se indican prestaron servicios laborales para la empresa “M.N., S.A.” en los siguientes períodos: -Don V.G.N., desde el 19.09.94 hasta el 18.09.95, como Graduado Social.- Don J.J.M.H., desde el 06.04.94 hasta el 30.09.95 (no consta la categoría profesional).- Don G.D.D., desde el 25.01.93 hasta el 30.11.94, en que cesó por “fin de trabajos” (tampoco consta la categoría profesional).- Don C.M.T., desde el 07.04.92 hasta el 06.04.95, fecha en la que cesó por “terminación de contrato” como Administrativo, contratado inicialmente en Madrid.- doña E.M.R.A., desde el 25.08.94 hasta el 25.08.96, en que cesó por terminación de contrato como Técnico Especialista Administrativo.- SEXTO.- El demandante agotó la vía administrativa previa”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Acojo la excepción de incompetencia de jurisdicción invocada por la empresa “M.N., S.A.” y, por tanto, desestimo la demanda sobre REGULACIÓN DE EMPLEO (EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL) formulada por don J.G.P. contra dicha demandada y contra la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO (MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES) y les absuelvo de las pretensiones de la misma, sin entrar en el 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 paso de los mismos al ponente.

### **Fundamentos De Derecho**

**PRIMERO.-** La sentencia de instancia acogió la excepción de incompetencia de jurisdicción por razón de la materia alegada por la empresa demandada en el acto de juicio, y sin entrar a examinar la cuestión de fondo, absolvio a la empresa demandada “M.N., S.A.” y el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Dicho pronunciamiento es impugnado por la representación procesal del actor, y sin cuestionar la declaración de hechos probados, articula un primer, y en realidad, único motivo de suplicación por el cauce del apartado c) del art. 191 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, a través del cual, se pretende examinar el derecho aplicado en la sentencia recurrida, denunciando infracción por interpretación errónea del art. 9.5 de la L.O.P.J.; artículos 1 y 2 de la L.P.L. y art. 24 de la Constitución Española. Ciertamente el recurso incurre en error -como se denuncia en la impugnación- al buscar su amparo procesal en el apartado c) del art. 191 de la L.P.L., cuando la infracción que se denuncia afecta a normas procesales, y la denuncia debería buscar soporte adecuado por el cauce del apartado a) del citado precepto. Pasando por alto este mero defecto formal en aras de la tutela judicial, la sala examina el motivo de recurso, debiendo pronunciarse sobre la competencia de este orden jurisdiccional para conocer de la cuestión litigiosa “ratione materiae”. La parte recurrente argumenta que el juzgador de instancia ha infringido lo dispuesto en los preceptos denunciados; que ya formuló reclamación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativo declarándose incompetente y que si los dos órganos Jurisdiccionales (Social y Contencioso-Administrativo) se declaran incompetentes, se está produciendo una indefensión, vulnerándose la tutela judicial efectiva y con ello el art. 24 de la Constitución Española.

**SEGUNDO.-** La empresa codemandada “M.N., S.A.” fue autorizada por resolución del Ministerio de Trabajo de fecha 23 de febrero de 1995 a la extinción de los contratos de trabajo de 126 trabajadores, entre ellos el actor, y disconforme con ello, el trabajador demandante impugnó dicha resolución planteando recurso contencioso-administrativo, que concluyó con Auto de la Sala de lo Contencioso del T.S.J. Galicia de 4 de septiembre de 1998, declarando la falta de competencia de dicho orden jurisdiccional; y en fecha 14 de octubre de 1998 se formuló demanda ante el Juzgado de lo Social número 1 de Ferrol, solicitando se declare su exclusión de la relación de trabajadores de la empresa indicada, cuyos contratos de trabajo se autorizan a extinguir y que se le reponga en la situación en que se encontraba con anterioridad a la autorización de la extinción

de su contrato de trabajo por parte del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Así pues, la cuestión litigiosa consiste en determinar, si la anterior situación fáctica debe ser enjuiciada por los órganos de la jurisdicción Contencioso-Administrativa, (tesis que sostiene el juzgador de instancia y que fue la vía jurisdiccional seguida inicialmente por el actor) o por el contrario, si el conocimiento de dicha cuestión debe venir atribuido el orden jurisdiccional social. La cuestión debatida se encuentra resuelta por recientes sentencias del Tribunal Supremo de 18 enero 1999 (Ar 808) y 17 de marzo de 1999 (Ar 3.002) y sobre la misma ya se había pronunciado la Sala de Conflictos de Jurisdicción y de Competencia del citado Tribunal en su sentencia de 26 de diciembre de 1988 (RJ 1988, 10.314), así como en el Auto de 25 de junio de 1996, declarando que, en supuestos como el enjuiciado, la competencia debe dividirse a favor del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. El Alto Tribunal en su sentencia de 18 de enero de 1999 señala que “...no cabe desvincular el acto extintivo de cada uno de los contratos de trabajo de los trabajadores afectados, con la resolución administrativa dictada en el expediente de regulación de empleo en cuyo listado figuraban aquéllos, al tratarse de un acto jurídico unitario de naturaleza administrativa, que abarca tanto una y otra cosa, en consecuencia toda cuestión que se suscite es competencia de la jurisdicción Contencioso-Administrativa”. Cuestión distinta se produce cuando en la resolución no se establece una lista individual de trabajadores afectados, de forma que cuando se hace mención a un volumen genérico de trabajadores que reúnan determinados requisitos (edad, categorías, etc.) y si alguno de ellos discute si el acuerdo administrativos debe incluirlo o no dentro de sus previsiones, entonces si que la competencia para conocer sobre la inclusión o exclusión se atribuye a este orden jurisdiccional social. Así lo refleja la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1999 al establecer que “...no se plantea exactamente el problema genérico de si un trabajador que ha sido expresamente incluido en una resolución autorizando la extinción puede impugnar ante la jurisdicción social el acto de individualización de aquel acuerdo hecho por la empresa cuando, como decimos, el acuerdo administrativo recoge expresamente su nombre como uno de los afectados, pues en tal supuesto existe consenso en la doctrina y de la jurisprudencia en entender que la competencia para conocer de la decisión empresarial es de la jurisdicción contencioso-administrativo...”. De dicha doctrina jurisprudencial se desprende que cuando el empresario en la solicitud del expediente de regulación de empleo indique el número y la categoría de los trabajadores que van a resultar afectados por el expediente, sin establecer una

enumeración individualizada de los mismos, en este caso, que es el que se examina en la anterior sentencia de 17 de marzo de 1999, al autorizarse la extinción de un cierto número de trabajadores, "con unas determinadas condiciones, sin especificación de personas", "...toda cuestión que se refiera a la determinación de los concretos trabajadores quedará fuera del ámbito competencial contencioso-administrativo y pasará a ser competencia del orden social puesto que no se halla incluida dentro de la parcela reservada da la Administración". En el caso que se somete a enjuiciamiento de esta sala, consta en el segundo de los hechos declarados probados, que la empresa fue autorizada a extinguir 126 contratos de trabajo, entre ellos el actor, con especificación individual de los trabajadores afectados, (tal como se acredita con la documental obrante en las actuaciones), y cuando la resolución administrativa contiene una relación específica de aquellos, toda cuestión que se suscite sobre la inclusión o exclusión de dichos trabajadores será competencia del orden Contencioso-Administrativo. A mayor abundamiento cabe señalar que el art. 20 del Real Decreto 696/1980 de 14 de abril, en su redacción dada por el R.D. 2.372/81, de 30 de octubre (en vigor cuando se inició el expediente de regulación de empleo, y actualmente derogado por el Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, que aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Regulación de Empleo y de actuación Administrativa en materia de traslados colectivos, cuyo art. 16.2 reitera la posibilidad de impugnaciones de la resolución administrativa ante la jurisdicción Contencioso-Administrativo) el cual desarrolla el art. 51 del Estatuto de los Trabajadores, y establece que la jurisdicción laboral es la competente para el conocimiento de las cuestiones relativas al pago y cuantía de la indemnización, y al orden Contencioso-Administrativa los restantes. Por último cabe señalar que, tal como expresa el Tribunal Supremo en su sentencia de 18 de enero de 1999 (Ar. 808), esta cuestión estará resuelta legislativamente cuando se cumplen las previsiones del art. 3 núm. 2 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, en la redacción dada por la disposición adicional quinta de la Ley 29/1998, de 13 de julio de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, y entre en vigor la atribución del orden jurisdiccional social el conocimiento de las pretensiones administrativas relativas a la regulación de empleo y actuaciones administrativas en materia de traslados colectivos, hasta ahora competencia del orden jurisdiccional contencioso administrativo. Dada la fecha de presentación de la demanda (14 de octubre de 1998) y la entrada en vigor de la indicada Ley 29/1998 publicada en el B.O.E. de 14 de julio de 1998, pero que no

regía en aquella fecha por mor de lo dispuesto en la disposición final tercera en la que se señala que "la presente Ley entrará en vigor a los cinco meses de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado, salvo en lo concerniente a la atribución a la jurisdicción social de las materias comprendidas en la letra a) del apartado 2 del art. 3 de la Ley de Procedimiento Laboral, que le hará el año de la entrada en vigor del resto de la ley", por lo tanto la modificación de la competencia no resulta de aplicación al presente supuesto, por razones de derecho intertemporal, sino que al mismo le es plenamente aplicable la doctrina jurisprudencial que se deja expuesta. Todo lo cual implica la desestimación del recurso y la íntegra confirmación de la sentencia que se impugna.

**TERCERO.-** Dada la existencia de sentencia firme del Orden Jurisdiccional Civil, declarando la incompetencia del mismo, de conformidad con lo establecido en el art. 50 de la LOPJ, 6/1985, de 1 de julio, una vez firme la presente resolución se podrá interponer ante esta Sala en el plazo de diez días recurso por conflicto negativo de competencia.

#### **Fallamos**

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por don J.G.P., contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Ferrol, de fecha dos de julio de mil novecientos noventa y nueve, dictada en autos seguidos a instancia del demandante-recurrente contra la empresa "M.N., S.A." y la Administración del Estado (Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales) sobre regulación de empleo (extinción de la relación laboral), debemos confirmar y confirmamos íntegramente la resolución recurrida, y se hace saber a las partes que contra esta resolución podrá una vez que sea firme, interponerse ante esta sala en el plazo de DIEZ DIAS recurso por conflicto negativo de competencias.

**2973 RECURSO N° 2.171/00**

S. S.

**CARÁCTER NON AUTOMÁTICO DA INDEMNIZACIÓN, A PESAR DE APRECIARSE VULNERACIÓN DO DEREITO FUNDAMENTAL DE LIBERDADE SINDICAL.**

Ponente: Ilmo. Sr. Don Manuel Domínguez López

A Coruña, a dos de junio 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. 2.171/00 interpuesto por Instituto Municipal de Deportes de Vigo, don E.E.C., don R.J.I.R. y don J.B.L.G. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. tres de Vigo.

**Antecedentes De Hecho**

**PRIMERO.-** Que según consta en autos se presentó demanda por don E.E.C., don R.J.I.R. y don J.B.L.G. en reclamación de tutela libertad sindical siendo demandado Instituto Municipal de Deportes de Vigo y el Ministerio Fiscal en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 633/99 sentencia con fecha treinta de noviembre 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.- Los actores E.E.C., R.J.I.R. y J.B.L.G., mayores de edad, con D.N.I. números..., ostentan la condición de delegados de personal, del Instituto Municipal de Deportes de Vigo y ello en las elecciones sindicales celebradas el 19.04.99. Todos ellos pertenecen al sindicato U.G.T., no habiendo obtenido representación ninguna otra agrupación o sindicato.- 2º.- Que con fecha de 17.09.99, el Secretario Delegado del Instituto Municipal de los Deportes de Vigo (I.M.D.), convoca al Presidente del I.M.D., al representante de U.G.T., al representante de CCOO, al representante de la C.I.G., al Director Deportivo del I.M.D. y al Secretario Delegado del I.M.D., a una reunión de la Mesa de Negociación del Instituto Municipal de los Deportes para el día 21.09.99.- 3º.- Que el día 21.09.99, se celebra la reunión de la mesa de negociación, en la que se tratan los siguientes asuntos: la constitución de la mesa negociadora y las bases para la contratación laboral de interinidad de un oficial de instalación y tres ayudantes de mantenimiento para el Organismo Autónomo del I.M.D. y en dicha reunión, el representante de la U.G.T. J.A.P.R., manifestó su disconformidad, con que se convocaran a los representantes sindicales y no a los delegados de personal del I.M.D.- 4º.- Que el Instituto Municipal de Deportes de Vigo, es un organismo autónomo dependiente del Ayuntamiento de Vigo, con personalidad jurídica propia y en dicho organismo, no existe convenio propio, habiéndose adherido al Convenio

Colectivo del Personal Laboral del Concello de Vigo, publicado en el D.O.G. nº 79 de 14 de abril de 1999.- 5º.- Que en el año 1998, el Presidente del I.M.D. convocó a los delegados de personal del I.M.D., para una xuntanza de la mesa de negociación del I.M.D. para el día 11.02.98.- 6º.- Que con fecha de 11.11.99, los actores, delegados de personal del I.M.D., presenta demanda ante esta jurisdicción social, de tutela de derechos de libertad sindical, por estimar lesionados el derecho de libertad, al no ser convocados a la constitución de la Mesa de Negociación del I.M.D. de Vigo, que se celebró el 21.09.99”.

**TERCERO.-** Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “**FALLO:** Que estimando la demanda interpuesta por don E.E.C., don R.J.I.R. y don J.B.L.G., contra el INSTITUTO MUNICIPAL DE LOS DEPORTES DE VIGO y el MINISTERIO FISCAL, debo declarar y declaro la vulneración del derecho de libertad, al no haber sido convocados los delegados de personal del I.M.D., para la constitución de la mesa de negociación del Instituto Municipal de los Deportes de Vigo, declarando nula la constitución de la mesa de negociación realizada el 21.09.99, ordenando el cese de inmediato de la conducta antisindical y que se convoque a los delegados de personal del I.M.D., a la constitución de la mesa de negociación del Instituto Municipal de los Deportes de Vigo y desestimando la última pretensión, contenida en demanda”.

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

**Fundamentos De Derecho**

**PRIMERO.-** Frente a la sentencia de instancia que acogió en parte la demanda rectora de los autos declarando la existencia de la vulneración del derecho a la libertad sindical de los actores, mas sin derecho a indemnización alguna, se alzan los propios demandantes al objeto de que se revoque dicha resolución para que se les conceda la indemnización que solicitan; igualmente, se alza la demandada al objeto de que se revoque y se declare que no ha existido vulneración alguna del derecho de libertad sindical de los actores. Comenzando por el recurso de la demandada, con amparo en el art. 191.b) LPL, se insta la revisión del relato fáctico al objeto de que se adicione un ordinal tercero bis, cuyo tenor literal propone: “En fecha 18.10.99, se comunica por los Delegados de personal al IMD, al Consejo de Administración de este, que no acudirán a la reunión del día 19.10.99, con motivo de tratar las bases de la convocatoria para la contratación laboral con carácter interino de tres ayudantes de

mantenimiento y un oficial de instalación, aprobándose en sesión ordinaria de fecha 22.10.99 las correspondientes bases de la convocatoria". Cita en apoyo de tal propuesta los documentos obrantes a los folios 52, 53, 66 y 76 al 92 de los autos. Se admite la adición postulada por cuanto de los documentos que se citan, en particular del 76 al 92, resulta la adición que se pretende, siendo el documento del folio 76 de la parte actora que manifiesta su voluntad de no acudir a la reunión del día 19 de octubre y los restantes documentos de la parte contraria.

SEGUNDO.- En sede jurídica, con amparo en el art. 191.c) LPL, denuncia el demandado la infracción, por aplicación indebida, de lo dispuesto en los arts. 87 LET en relación con el art. 10.3 de LOLS, así como inaplicación de los arts. 6, 47 y disposición última del C. Colectivo para el Concello de Vigo, e inaplicación del art. 7 del acuerdo regulador de condiciones económicas y sociales de los trabajadores del concejo. El argumento consiste en que, a los delegados de personal no les compete intervención alguna en la fijación de unas bases de contratación, pues no se trata de negociar ningún convenio colectivo, y que el convenio aplicable cuando se trata de negociar las bases de convocatoria remite a las representaciones sindicales, a quienes se convoco a la primera reunión; pero además de existir algún error como para la segunda convocatoria se llamó a los actores, siendo en esta donde se aprobaron dichas bases, resulta que ninguna vulneración de la libertad sindical se les ha producido. El motivo ha sido impugnado de contrario. La denuncia debe ser atendida por las siguientes razones: A) en primer lugar, consideramos que la vulneración de un derecho fundamental como el de libertad sindical exige en el sujeto activo un animus vulnerandi, una cierta intencionalidad o, al menos, un dolo eventual o una negligencia grave: un cierto querer, pues no puede vulnerarse un derecho fundamental por mera negligencia, sin que sea admisible estimar una vulneración de corte puramente objetivo alejada de voluntariedad en el sujeto activo de tal imputación; consecuentemente no basta con la ejecución por el demandado de un acto aislado que pudiera considerarse como un ataque a la libertad sindical, sino que tal acto ha de tener relevancia y además estar dotado de una intencionalidad vulneradora o limitadora de tal derecho, al respecto es doctrina del Tribunal Constitucional, sentada entre otras en S. 187/87, 235/88, 301/92 y 164/93, que "no toda reducción de las posibilidades de acción o de la capacidad de obrar sindical puede calificarse de vulneración de la libertad sindical, sino que es preciso que esas eventuales restricciones sean arbitrarias, injustificadas o contrarias a la ley". En el presente supuesto la conducta empresarial que se califica de vulneradora del derecho a la libertad sindical

de los actores ha consistido en no convocarles a una mesa de negociación para fijar las bases por las que ha de regirse la contratación de cuatro trabajadores y con carácter temporal, tal actuación –cierta-, ha de matizarse con los siguientes datos: 1.- a dicha negociación por la patronal se convocó a los delegados sindicales; 2.- ante la denuncia de ilegalidad de dicha convocatoria, en dicha reunión no se aprobaron ninguna bases para tal convocatoria; 3.- por la empresa se ha solicitado informe jurídico sobre la legalidad vigente, acerca de la necesidad de citara a los actores a dicha mesa, informe que fue negativo para las pretensiones de los actores; 4.- frente a la primera convocatoria, a la que no fueron llamados los demandantes, estos no accionaron frente a la empresa; 5.- en contra del informe jurídico la empresa, y antes de existir acción alguna en su contra ejercitada, convoca a los actores para constituir la mesa de negociación para fijar las citadas bases; 6.- a dicha convocatoria renuncian los propios actores y con posterioridad se presenta la demanda de tutela de libertad sindical. De tales extremos no puede extraerse que la conducta patronal pueda calificarse de intencional o negligentemente vulneradora del derecho de libertad sindical de los actores; el derecho de libertad sindical de los actores – si acaso inicialmente y de forma aparente pudiera parecer desconocido por la empresa al no convocarles a la citada mesa de negociación–, es obvio que no fue atacado con intención de perjudicarles por parte de la demandada, y que en todo caso: a) los actores no se sintieron perjudicados en tanto en cuanto no reaccionaron jurídicamente frente a dicho falta de convocatoria; b) el defecto se ha intentado subsanar por la demandada convocándoles a dicha mesa, sin que en la anterior se hubiera adoptado acuerdo alguno sobre dicha materia; c) son los actores los que renuncian al derecho a formar parte de la mesa una vez convocados a la misma, comunicando su decisión de no asistir y ello aún conociendo que nada había sido acordado en aquella reunión con los delegados sindicales, todo lo que conlleva en principio la desestimación de la demanda. B) En el terreno estrictamente jurídico, de conformidad con lo dispuesto en el art. 87 LET los delegados de personal están legitimados para negociar los convenios colectivos de empresa o de ámbito inferior, y las facultades de dicha representación unitaria son las recogidas en el art. 64, por remisión del art. 62 LET, y entre dichas facultades no se encuentra la de fijar las bases de las convocatorias para cubrir puestos de trabajo, lo cual es coherente con lo dispuesto en el art. 20 LET en lo relativo a las facultades de dirección y control empresarial, es decir las decisiones sobre la contratación son competencia patronal sin que tengan que ser consensuadas con la

representación unitaria de los trabajadores, ni con la representación sindical, ello en principio y como regla general, de modo que salvo especificaciones convencionales de dichos principios habrá de estarse a dichas normas. En el presente caso existen especificaciones convencionales cuales son: a) de una parte lo dispuesto en el art. 6 del convenio colectivo Para el personal del Concello de Vigo, convenio al que se adhirieron los actores, habiéndose acordado la extensión de su aplicación al IMD, según dicho precepto la organización del trabajo es facultad del IMD y en el ejercicio de dichas facultades se tendrán en cuenta las atribuidas a los delegados de personal y a la mesa de negociación prevista en el RDL 1/95 de 24 de marzo; b) el art. 47 de dicho convenio colectivo que al referirse a la negociación de las condiciones de trabajo, se atribuye la competencia negociadora a la mesa general integrada por la parte social por “las organizaciones sindicales mas representativas en el ámbito Estatal o de Comunidad Autónoma y a los sindicatos que hubiesen obtenido el 10% o mas de los representantes en las elecciones sindicales”; c) la disposición final de dicho convenio que remite para lo no regulado en el convenio a lo dispuesto en el acuerdo regulador de las condiciones de trabajo de los funcionarios del Ayuntamiento; en dicho acuerdo en su art. 7 - relativo a la forma de provisión de puestos de trabajo-, se establece que “las bases de las convocatorias deberán ser negociadas con la representación sindical en la correspondiente mesa”. De tal bagaje normativo cabe extraer como conclusión que el organismo demandado, para negociar las bases de la convocatoria para cubrir temporalmente unos puestos de trabajo, solo tenía que haber convocado a los delegados sindicales existentes en el IMD, por cuanto para tal tipo de negociaciones existe tanto en el convenio colectivo, por el que se rigen las partes, como en las normas supletorias una delegación de tales competencias en la representación sindical, con lo que al amparar su actuación el demandado en lo pactado colectivamente no vulnera el derecho de libertad sindical de los actores pues ninguna obligación inicial tenía de convocarles a dicha mesa de negociación, no pudiendo confundirse la obligación patronal de informar a dichos delegados de personal sobre la evolución del empleo y las previsiones de contratación (art. 64 LET), con la constitución de la mesa de negociación y fijación de las bases de la convocatoria para contratar, para cuyo supuesto se ha determinado quienes forma parte de tal mesa, sin que exista otra norma que imponga la intervención de los delegados de personal en la misma; a mayor abundamiento, si se estimase que en tal mesa debía hallarse la representación unitaria de los trabajadores, bien en exclusiva bien con la presencia de los delegados sindicales,

no cabe duda de que se trataría de una interpretación de las normas en vigor, habiendo optado la empresa por una interpretación concreta tal modo de actuar no puede considerarse lesivo del derecho de libertad sindical y así se ha pronunciado STS de 18.05.92 y 26.04.96 “el hecho de que existan varias opciones posibles de interpretación de una norma y se aplique una de ellas, descartando otra, no puede considerarse un supuesto de lesión automática del derecho de libertad sindical”. Por todo lo expuesto se concluye que no ha existido vulneración del derecho de libertad sindical de los actores, procediendo acoger el recurso con revocación de la resolución recurrida se desestima la demanda rectora de los autos.

TERCERO.- Por su parte los actores, admitiendo el relato fáctico de la resolución recurrida, en sede jurídica con amparo en el art. 191.c) LPL, denuncian como infringido el art. 180 LPL y art. 15 LOLS, argumentando que la resolución que recaiga en estos procedimientos si estima la existencia de la vulneración del derecho invocado, acordara la indemnización que proceda, por lo que reitera su pretensión de que se fije a favor de los accionantes una indemnización de 300.000 ptas. El acogimiento del anterior motivo implica la desestimación del formulado por los actores al desestimarse en el aspecto principal su demanda, no obstante y en cuanto al fondo del mismo también procede su rechazo y ello partiendo de las siguientes premisas: a) que los actores en su demanda no hicieron constar en que consistían los daños o perjuicios que se derivan de la conducta patronal; b) que en el acto del juicio tampoco se alegaron, ni establecieron bases o datos que permitan cuantificar en alguna medida los daños o perjuicios ocasionados; c) que los actores fueron elegidos delegados de personal como afiliados al sindicato UGT; d) que para la constitución de la mesa (cuestión litigiosa) fueron citados por el demandado los delegados sindicales, entre ellos el del sindicato UGT quién denuncio la falta de convocatoria de los actores; e) que una vez efectuada la denuncia se convocó a los actores, antes incluso de accionar, para tratar la cuestión relativa a la contratación laboral. Atendiendo a dichos datos no cabe mas que concluir la corrección de la resolución de instancia por cuanto no existe acreditación de los daños o perjuicios que han de ser resarcidos, ni existen datos que permitan entender que la conducta del demandado es en extremo vulneradora de los derechos de libertad sindical de los actores, por cuanto ante la denuncia efectuada por su ausencia a la convocatoria y solicitado asesoramiento sobre tal extremo – desfavorable a la necesidad de convocarles-, se les convoca a una reunión para tratar el tema relativo a la contratación laboral negándose ellos mismos a acudir a tal reunión, consecuentemente

y siguiendo la doctrina sentada por STS de 20.01.97 y 22.07.96, que matizan la de 09.06.93, del art. 15 LOLS en relación con el art. 180.1 LPL no cabe extraer la consecuencia directa de que, acreditada la vulneración del derecho de libertad sindical, deba fijarse una indemnización a cargo de la entidad conculadora de dicho derecho y en beneficio del perjudicado, sino que es preciso que el demandante alegue y pruebe las bases y elementos en función de los que se ha de cuantificar dicha indemnización, y como en el presente supuesto ni se alegaron ni acreditaron dichos presupuestos, no vulnera la resolución recurrida que no fija indemnización a favor de los actores, los preceptos que se dicen vulnerados procediendo su confirmación previa desestimación del recurso planteado. Por todo lo expuesto, vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

### **Fallamos**

Que estimamos el recurso de suplicación formulado por el demandado INSTITUTO MUNICIPAL DE DEPORTES DE VIGO contra la sentencia dictada el 30.11.99 por el Juzgado de lo Social nº 3 de Vigo en autos nº 633-99, sobre tutela del derecho de libertad sindical, seguidos entre el recurrente y los actores E.E.C., R.J.I.R. y J.B.L.G., y con revocación de dicha resolución desestimamos la demanda rectora de los autos; así mismo desestimamos el recurso de suplicación formulado por los actores contra la citada resolución.

## **2974 RECURSO N° 2.431/00**

S. S.

INEXISTENCIA DE CONTRATO DE TRABALLO DEPORTIVO, Ó NON MEDIAN CONCURSO DE OFERTA E ACEPTACIÓN.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio González Nieto

A Coruña, a dos de junio 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. 2.431/00 interpuesto por don J.A.C.D. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de Ourense.

### **Antecedentes De Hecho**

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda en reclamación de rescisión de contrato siendo demandada la empresa “C.D.O., S.A.D.” y don A.J.G.A. y don F.M.C.F. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 198/98 sentencia con fecha diez de marzo 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 actor, don J.A.C.D., de nacionalidad portuguesa, es jugador de fútbol profesional, mas conocido con el nombre de Q.D. Durante la temporada 1996-1997 estuvo prestando sus servicios como jugador de fútbol, en el “F.C.T.” en Portugal./ SEGUNDO.- A principios del mes de agosto de 1997, el actor se desplazó a Ourense, siendo presentado a los directivos del “C.D.O., S.A.D.” para realizar unas pruebas y demostrar sus aptitudes como jugador a lo que se accede; transcurridos unos días, en que el actor realizó diversas pruebas se decidió por la dirección del club demandado que no reunía condiciones para el citado club. Durante el tiempo en que duraron las pruebas el actor estuvo hospedado en el Hotel “A.” de esta ciudad, abonando el demandado los gastos derivados de tal alojamiento./ TERCERO.- En fecha 6 de agosto de 1997, el actor rescindió el contrato que le ligaba con el “F.C.T.”./ CUARTO.- Se celebró sin avvenencia la conciliación ante el SMAC”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por don J.A.C.D. contra el “C.D.O., S.A.D.”, debo declarar y declaro no haber lugar a la misma y en consecuencia absuelvo al demandado de las pretensiones en su contra esgrimidas”.

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

### **Fundamentos De Derecho**

PRIMERO.- Por la parte actora, se interpone recurso de suplicación contra la sentencia que desestimó su pretensión de que se declarase el incumplimiento de contrato por parte del “C.D.O., S.A.D.” y se condene al mismo al pago de una indemnización de 25.000.000.- pts, pretendiendo como primer motivo de recurso, con adecuado amparo procesal la revisión de los hechos declarados probados, a fin de que se suprima el ordinal segundo y se modifique el ordinal tercero y se adicionen los siguientes hechos: “a) En fecha 8 de agosto de 1997 el actor

recibió mediante fax una oferta de contrato de prestación de servicios futbolísticos, enviado por el “C.D.O., S.A.D.”, por dos temporadas. b) Dicho documento fue confirmado por el actor, mediante el envío de una declaración al mismo número de fax, en el que se aceptaba la oferta de contrato, así como la representación del firmante en lugar del actor, Sr. P.E.M.M. c) La firma que aparece en el contrato, aportado como documento número tres del ramo de la parte actora, corresponde al presidente del Club demandado. d) El Sr. P.E.M.M. estaba autorizado por el club demandado para conseguir la contratación de jugadores portugueses, interviniendo en la contratación del Sr. S., jugador del “C.D.O., S.A.D.” e) El Sr. P.E.M.M., actuando como intermediario del “C.D.O., S.A.D.” recibió en fecha 8 de agosto de 1997 la cantidad de un millón de pesetas./ f) La contratación del jugador de fútbol J.M.F.S.S. se realizó por medio del envío por fax de un contrato de prestación de servicios futbolísticos. g) En fecha 8 de agosto de 1997, en el diario nacional marca, en su página 18, se publica la noticia que el portugués Q.D. firma su contrato con el “C.D.O., S.A.D.” Por lo que respecta a la supresión, se argumenta por el recurrente, que se trata de conceptos jurídicos y no hechos y que no están amparados en prueba; lo que se rechaza, pues, aparte de no implicar calificaciones o valoraciones jurídicas que puedan predeterminar el fallo, sino simples hechos que como tales se pueden recoger en el “factum” de la sentencia, es reiterada jurisprudencia que no es vía adecuada para obtener la revisión la denominada prueba negativa, consistente en afirmar que los hechos que el juzgador estima probados, no lo han sido de forma suficiente (S. TS de 10.11.96), por lo que sería necesario que de la resultancia probatoria fluyese directamente la ausencia total de soporte para los datos consignados o bien una realidad contraria”; siendo igualmente doctrina reiterada, que: “para que proceda la revisión de hechos se precisa documento o pericia que de modo evidente demuestre la equivocación del juzgador, sin necesidad de deducciones, presunciones o conjeturas”; lo que no acontece en el supuesto de autos, limitándose el recurrente a manifestar que no existe prueba suficiente, haciendo una nueva valoración de la prueba practicada y ya valorada por el magistrado de instancia, pretendiendo en realidad sustituir el criterio objetivo e imparcial del juez “a quo” por el parcial e interesado de la parte. Por lo que respecta a la redacción alternativa que se pretende, apartados a), b) y c), se rechaza igualmente, pues, las fotocopias de supuestos faxes intercambiados entre el “C.D.O., S.A.D.” y el jugador, no son medio hábil a efectos revisorios “las fotocopias no adveradas, ni cotejadas con sus originales, carecen de fuerza probatoria respecto a su contenido (Ss. TS. Entre

otras de 20.04.93 y de 18 y 23.09.97), máxime, cuando esos supuestos documentos no fueron reconocidos por la parte a quien afectaban, quien los impugnó, interponiendo querella criminal por falsedad, que terminó por sobreseimiento provisional; y en cuanto a los extremos que se contienen en los apartados d), e), f) y g), aparte de ser intrascendentes, no merecen favorable acogida, pues, se ha de tener en cuenta que en ningún caso está acreditado que el Sr. P.E.M.M., actuando como intermediario del “C.D.O., S.A.D.” hubiera recibido el 08.08.97 la cantidad de 1.000.000.- pts por parte de este Club, por cuanto la prueba que se aporta (obrante al folio 75) aparte de ser una simple fotocopia, es un simple recibo de haber entregado (presuntamente) al Sr. M.M. un efecto para abonar “en su cuenta”, sin que aparezca para nada la intervención del “C.D.O., S.A.D.” en dicha operación, cuando hubiera sido fácil para el titular de la cuenta, pedir un extracto o un certificado de los efectos negociados en el que constase el pagador de los mismos; y en cuanto al apartado g) aparte de que sería irrelevante a los efectos de la resolución de la litis, un artículo periodístico, en ningún caso es medio hábil a efectos revisorios, pues, los periódicos a veces ofrecen como hechos ciertos, lo que no son más que simples rumores, tampoco consta acreditado en los términos en que se expresa dicho apartado, pues el periódico deportivo que cita, el diario nacional M., en su página 18, no recoge la noticia de que el portugués Q.D. firma su contrato con el “C.D.O., S.A.D.” sino que la prensa dice: “el portugués Q.D. firma hoy... el “C.D.O., S.A.D.” cerrará hoy el fichaje del centrocampista portugués Q.D., del “T.”, que ha estado a prueba unos días”.

SEGUNDO.- Como segundo motivo, -sobre examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida- con adecuado amparo procesal, se censura el derecho aplicado, que se articula en varios apartados diferentes: 1º).- infracción por no aplicación del art. 8.1 del Estatuto de los Trabajadores y de los arts. 1.254, 1.256, 1.258, 1.259, 1.262, 1.278, 1.281 y 1.282 del código civil, en relación con el art. 2.1 del ET; 2º).- infracción por no aplicación del principio “*in dubio pro operario*”, reconocido en distintas sentencias del TS que cita y se tienen por reproducidas, en relación con el art. 8.1 del ET y los arts. de Código Civil citados sobre requisitos esenciales para la validez de los contratos, arts. 1.261 y ss del Código Civil; 3º).- infracción por no aplicación, de los arts. 1.091, 1.101 y 1.124 del Código Civil en relación con la eficacia del contrato firmado y su incumplimiento; 4º).- infracción por no aplicación de los criterios jurisprudenciales del contrato, definido por la jurisprudencia del TS, en sentencias de 23.10.86 y 23.05.88, en relación con la situación surgida en el presente procedimiento y que ha sido calificada

como no laboral; 5º).- infracción por incongruencia omisiva de la resolución en relación con el art. 97 de la L.P.L. al no darse una respuesta a la reclamación de incumplimiento planteada; y en último término, 6º) infracción por aplicación incorrecta del art. 1.214 del Código Civil, en relación con la carga de la prueba, e infracción por no aplicación de la prueba de presunciones del art. 1.253 del Código Civil. Alegando fundamentalmente: que se trataba de un contrato válidamente perfeccionado y que debe cumplirse, y en caso contrario indemnizar los daños causados, por entender que el actor recibió en fecha 08.08.97 una oferta de contrato de trabajo, por dos años con el club demandado, y que el actor confirmó dicho contrato, ratificando a la persona firmante del mismo y enviando su aceptación que fue recibida inmediatamente, y que el contrato original fue destruido y que lo único que quedó fue una copia, y que si hipotéticamente el contrato firmado en fecha 08.08.97 no puede tener validez como contrato, se trataría de un precontrato, así como que concurrían presunciones evidentes, que demostraban la existencia del mismo. Como trámite previo, procede analizar la excepción de incongruencia omisiva, por entender que no se daba respuesta a la reclamación de incumplimiento planteado. Que se rechaza, pues, aparte de que ni el propio recurrente la apoya abiertamente, al no pedir la nulidad de las actuaciones, no merece la menor consideración, por cuanto al desestimarse la demanda, en ningún caso habría lugar a la reclamación por incumplimiento planteada. La acción ejercitada en la demanda rectora de las presentes actuaciones, y que se mantiene en el recurso, lo es en reclamación de que se declare el incumplimiento de contrato por la entidad deportiva demandada, que se dice se suscribió válidamente entre las partes, el 08.08.97 y se le condene a indemnizar la cantidad de 25.000.000.- pts en base a dicho incumplimiento, frente a dicha pretensión se opone la entidad demandada (hoy recurrida) por considerar que no existió entre las partes relación laboral alguna. Para una mas acertada resolución de la litis, según se desprende del inalterado relato fáctico de hechos probados, resulta acreditado: que el actor, jugador de fútbol profesional, que durante la temporada 1996-97 estuvo prestando sus servicios como jugador de fútbol en el "F.C.T." en Portugal, fue presentado a principios de agosto de 1997, a los directivos del "C.D.O., S.A.D." para realizar unas pruebas y demostrar sus aptitudes como jugador, a lo que accedió, y transcurridos unos días en que se ejercitó con los demás jugadores de la plantilla, se decidió por la dirección del club que no reunía condiciones para prestar servicios profesionales con el club. Durante el tiempo en que se realizaron las pruebas se hospedó en el "H.A." de

la ciudad de Ourense, abonando el club los gastos originados por tal alojamiento. En fecha 6 de agosto el actor habiendo rescindió el contrato que le ligaba con el club portugués. De tales hechos no puede deducirse la existencia de relación laboral especial –art. 2.1 del ET- entre el actor y la entidad deportiva demandada y mucho menos que exista un contrato que haya sido consentido y firmado válidamente por ambas partes, (art. 1.258 Código Civil), pues, no está suficientemente acreditado que el supuesto contrato, suscrito entre las partes el 08.08.97, haya sido efectivamente firmado por el presidente del Ourense "se trata de una simple fotocopia remitida por fax, en la que ni siquiera consta la firma del actor, señalando que firma otra persona en su nombre, sin que conste en autos, el poder otorgado al efecto, que ha sido expresamente impugnado por el "C.D.O., S.A.D.", que en ningún caso admitió la veracidad de la firma y la validez de aquél, llegando a interponer querella criminal por falsedad, que dio lugar a la suspensión del procedimiento laboral y que fue reanudado una vez se acordó el sobreseimiento provisional, al estar el supuesto representante en ignorado paradero, sin que la parte actora hubiera propuesto ni practicado prueba pericial alguna. En todo caso, aun admitiendo hipotéticamente que dicho documento –o mejor documentos, pues, existen dos fotocopias de fax distintas-, fueran auténticos, (lo que no se acepta), es lo cierto, que de los mismos no se desprende la existencia de un contrato de trabajo deportivo, sino que se trataría de una simple oferta para contratar, que no fue aceptada pura y simplemente por el actor, sino que éste respondió a esa supuesta oferta, proponiendo unas condiciones contractuales diferentes; en concreto: la cláusula segunda en donde se establecía que el "C.D.O., S.A.D." pagaría al firmante 10.000.000.- pts. durante la primera temporada 1997-1998 y 15.000.000.- pts. durante la segunda temporada 1998-1999, no fue confirmada sin más, sino que se puso la condición de que tales cuantías serían líquidas y completamente libres de cualquier impuesto fiscal o cualquier otros; y se exigía un premio de montante a negociar en caso de subida de división para la primera división española en el final de cualquiera de las temporadas; estas nuevas condiciones, para nada consta que hubieran sido aceptadas por el club, lo que evidencia, que a lo sumo las relaciones entre ambas partes quedaban en términos meramente preliminares "conversaciones o tratos" y que por tanto el contrato de trabajo nunca llegó a perfeccionarse (art. 1.262 del Código Civil), y esa falta de aceptación implica que tampoco existe ningún precontrato como alega el recurrente. 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 debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por J.A.C.D. , contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de Ourense, de fecha diez de marzo de dos mil, dictada en autos núm. 198/98 seguidos a instancia del recurrente, contra la empresa “C.D.O., S.A.D.” y don A.G.A. y don F.M.C.F. sobre rescisión de contrato, confirmando íntegramente la resolución recurrida.

**2975 RECURSO N° 2.241/00**

S. S.

**DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE POR EXTINCIÓN DE CONTRATO FRAUDULENTO PARA OBRA OU SERVICIO DETERMINADOS.**

Ponente: Ilma. Sra. Doña Rafaela Horcas Ballesteros

A Coruña, a siete de junio 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. 2.241/00 interpuesto por la empresa “M., S.A.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de Ferrol.

**Antecedentes De Hecho**

**PRIMERO.-** Que según consta en autos nº 634/99 se presentó demanda por don V.M.F.A. y don A.F.C. en reclamación de despido siendo demandado la empresa “M., S.A.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 11 de febrero de 2000 por el juzgado de referencia que estimó la demanda.

**SEGUNDO.-** Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1.-Los demandantes vienen prestando servicios para la empresa demandada con la categoría profesional de peón de limpieza, con las antigüedades y retribuciones que a continuación se señalan: demandante V.M.F.A.- fecha de ingreso. 17 de marzo de 1997.- retribución mensual. 143.443 PTAS.- demandante: A.F.C.- fecha de ingreso: 9 de abril de 1997.- retribución

mensual: 143.295 ptas.- 2.- Los actores no ostentan ni han ostentado cargo de representación de los trabajadores.- 3.- Los actores han suscrito con la empresa demandada los siguientes contratos de trabajo: V.M.F.A. a) Contrato de obra o servicio determinado con efectos desde el 17 de marzo de 1997, en el que se expresa como objeto del contrato: “Realización de los servicios de peón limpiador en las unidades productivas en “A., S.A.”.- b) Contrato de obra o servicio determinado con efectos desde el 1 de enero de 1998 hasta el 31 de enero de 1998, en el que se expresa como objeto del contrato: “Realización de limpiezas en las unidades productivas- “A., S.A.” según contrato 97063 (Obra... (Sevilla) del 01.01.98 al 31.01.98”.- este contrato fue prorrogado el 1 de febrero de 1998 hasta el 28 de febrero de 1998.- El citado contrato contiene una cláusula adicional que establece: “Se mantendrá invariable la antigüedad que el trabajador tenga en la empresa “M., S.A.” Fecha de alta: 17.03.97”.- c) Contrato de obra o servicio determinado con efectos desde el 01 de marzo de 1998, en el que se expresa como objeto del contrato: “Por la realización de la limpieza de las unidades productivas en “A., S.A.” según contrato 97063 (Obra... Sevilla) del 01.03.98 al 31.03.98”.- El citado contrato contiene una cláusula adicional que establece: “Se mantendrá invariable la antigüedad que el trabajador tenga en la empresa “M., S.A.” Fecha de alta: 17.03.97”.- A.F.C. a) Contrato de obra o servicio determinado con efectos desde el 9 de abril de 1997, en el que se expresa como objeto del contrato: “Realización de los servicios de peón limpiador en las unidades productivas en “A, S.A.”.- b) Contrato de obra o servicio determinado con efectos desde el 1 de enero de 1998 hasta el 31 de enero de 1998, en el que se expresa como objeto del contrato: “Realización de limpiezas en las unidades productivas- “A., S.A.” según contrato 97063 (Obra... (Sevilla) del 01.01.98 al 31.01.98”.- Este contrato fue prorrogado el 1 de febrero de 1998 hasta el 28 de febrero de 1998.- El citado contrato contiene una cláusula adicional que establece: “Se mantendrá invariable la antigüedad que el trabajador tenga en la empresa “M., S.A.” Fecha de alta: 09.04.97”.- c) Contrato de obra o servicio determinado con efectos desde el 01 de marzo de 1998, en el que se expresa como objeto del contrato: “Por la realización de la limpieza de las unidades productivas en “A.” según contrato 97063 (Obra... (Sevilla)”. En dicho contrato se estableció una duración desde 01.03.98 al 31.03.98.- El citado contrato contiene una cláusula adicional que establece: “Se mantendrá invariable la antigüedad que el trabajador tenga en la empresa “M., S.A.”. Fecha de alta: 09.04.97”.- 4.- Los actores han prestado servicios para la demandada en las unidades productivas de

“A., S.A.” de forma ininterrumpida, desde las fechas en que suscribieron sus primeros contratos. El 25 de noviembre de 1999, la demandada dio por resueltos los contratos, según comunicó a los actores en sendos escritos del siguiente tenor literal: “En Ferrol a 10 de noviembre de 1999”. Muy Sr. nuestro: Me dirijo a Vd., con objeto de comunicarle que una vez recibido el fax de “A., S.A.” del cese de las actividades de limpieza en las unidades productivas, finaliza la obra para la cual Vd. ha sido contratado el próximo día 16 de noviembre de 1999. Por lo expuesto y en base a lo establecido en el art. 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores y respetando los 15 días de preaviso, daré el contrato por resuelto el día 25 de noviembre de 1999 corriendo a cargo de la empresa los días transcurridos desde el 17 al 25 de noviembre de 1999”.- 5.- La empresa “M., S.A.” suscribió con “A., S.A.” el 8 de enero de 1996 un contrato mercantil que esta última identificaba como contrato núm. 97.005-S. Limpieza de unidades productivas, consistente en la limpieza y arrancho general de las unidades productivas (en lo sucesivo, UP’s 21,23,24 y 25 cuya duración inicial estaba fijada hasta el 31.12.97 y que fue prorrogado hasta el 20.10.98.- 6.- El 1 de diciembre de 1997 se suscribió otro identificado como contrato núm. 97.063, limpieza de unidades productivas, obra:.... (Sevilla) consistente en la limpieza y arrancho general de las unidades productivas y zonas adyacentes (en lo sucesivo, UP’s) 11, 12, 13, 144, 15, 16, 17, 20, 21, 22, 23 y 24 así como los bloques y estructuras que se encuentren en el interior de las UP’s 21,22,23 y 24, cuya duración inicial estaba fijada hasta el 31.01.98, acompañamos copia como documentos núm. 2.- Este contrato, 97.063, fue objeto de sucesivas prórrogas, exactamente en las mismas condiciones y contenido, simplemente se identificaba en cada prórroga el núm. de obra que “A., S.A.” ejecutaba en cada momento en sus unidades productivas. Concretamente, en todo el período los bloques y estructuras existentes en las UP’s 21, 22, 23 y 24, así como los bloques y estructuras que se encuentren en el interior de las UP’s 21, 22, 23 y 24, se correspondían con la obra NC-976 (NC = Nueva Construcción), NC-276, NC-277.- Concretamente: -El 27 de febrero de 1998 hasta el 28.03.98.- El 27 de marzo de 1998 hasta finalización de la obra NC-976.- El 15 de junio de 1998 hasta el 30.10.98 para la obra NC-276.- El 15 de enero de 1999 para la obra NC-277 hasta el 31.10.99.- 7.- El día 5 de noviembre de 1999 “A., S.A.” comunica a “M., S.A.” que a partir del día de la fecha cesa la actividad de limpieza en las UP’s nº 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 20, 21, 22, 23 y 25 y que la actividad en la UP finalizaría el 16.11.99. El día 15 de noviembre de 1999 se le comunicó el cese en la actividad de las Invalidez Permanentes 30 y 32.- 8.- Los actores además de la limpieza de

UP’s (talleres) zonas adyacentes y bloques y estructuras de acero que en cada momento “A., S.A.” construía en los mismos efectuaron labores de limpieza en fecha no determinada dentro de la jornada ordinaria de trabajo en el economato de “A., S.A.”.- 9.- En fecha 21 de diciembre de 1999 se celebró el acto de conciliación administrativa”. 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 improcedente el despido objeto de este proceso y condeno a la empresa “M., S.A.” a que readmita inmediatamente a don V.M.F.A. y a don A.F.C. en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, o bien, a elección del empresario, a que abone a los actores una indemnización de 624.352 ptas. y de 610.180 ptas. respectivamente.- Dicha opción deberá ejercitarse en el término de 5 días a partir de la notificación de esta sentencia, mediante escrito o comparecencia ante este juzgado. Transcurrido dicho término sin que el empresario hubiese optado, se entenderá que procede la readmisión.- Cualquiera que fuese su elección, condeno asimismo a la parte demandada a que satisfaga a la actora los salarios que no haya percibido desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente resolución, tomándose en consideración a tal efecto el salario que se estima acreditado en hecho probado 1º, y teniendo en cuenta la limitación que establece el art. 57.1 del E.T. y que hasta la fecha ascienden a la cantidad de 372.918 ptas. para V.M.F. y de 372.567 ptas. para A.F.” CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandada siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este tribunal, se dispuso el pase de los mismos al ponente.

#### **Fundamentos De Derecho**

ÚNICO.- Se interpone Recurso de Suplicación contra la Sentencia de fecha 11 de febrero del año 2000 del Juzgado de lo Social nº 2 de Ferrol, seguido a instancia de don V.M.F.A. y don A.F.C. contra la empresa “M., S.A.”, por la propia empresa, basándose el mismo, al amparo del art. 191.c) de la LPL, en infracción por aplicación indebida del art. 56 del ET y 110 de la LPL y del art. 15.3 del ET y art. 9 del RD 2.546/94, así como infracción por violación del art. 15.1 y 49.1.c) del ET, art. 1.a) y 2 y 8 del RD 2.546/94, vigente al tiempo inicial de la contratación y art. 1.a) y 2.1 y 2 del RD 2.720/98 de 18 de diciembre así como la jurisprudencia contenida en la Sentencia que resuelve los recursos para unificación de doctrina de 08.06.99 Rec. 3.009-98 y 15.01.97 Rec. 3.827-95, sobre la posibilidad de vincular la duración del contrato para obra o servicio determinado a la duración de

la contrata mercantil. Los requisitos de validez del contrato para obra o servicio determinado conforme a la legalidad que cita el recurrente y Jurisprudencia del T. Supremo (S. TS 26.10.99 RJ 1.999-7.838), son: -El objeto del contrato (realización de obra o servicios) han de poseer autonomía y sustantividad propias dentro de la actividad de la empresa.- La tarea a realizar ha de ser "limitada en el tiempo", aunque puede tener duración incierta.- El contrato ha de especificarse con precisión y claridad el carácter de la contratación e identificarse claramente la obra o servicio.- En el desarrollo de la relación laboral, el trabajador debe ser ocupado en la ejecución de aquélla o en el cumplimiento de éste, y no normalmente en tareas distintas. Las dos sentencias que cita el recurrente no contradicen que cuando en un contrato temporal se pone una fecha de terminación o finalización de éste, es este término el que actúa, y no el de la finalización de la contrata. Dicho contrato temporal desde un principio tenía duración determinada y estaba limitado en el tiempo, en consecuencia, el prorrogarlo más allá de dicho límite transforma dicho contrato temporal en indefinido. La finalización del contrato temporal tenía señalado el 31.03.98 y los actores siguieron prestando servicios hasta el 16-noviembre de 1999, no estaba sometido a otro término (urgencia de la contrata) sino al que figuraba en el propio contrato. Por otra parte en el hecho probado 8º cuya revisión no se ha interesado se considera probado que además de la limpieza de UP'S (talleres) también realizaron labores de limpieza en el economato, por lo tanto dicho hecho es incuestionable y pone de manifiesto que realizaron dichas labores en otras zonas que no eran propiamente las de la contrata. En definitiva, y por ello se desestima el motivo del recurso. De conformidad con el art. 202 LPL procede la pérdida del depósito y consignación, así como de conformidad con el art. 233 de la LPL la imposición de honorarios del letrado impugnante.

#### **Fallamos**

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la empresa "M., S.A." contra la sentencia del Juzgado de lo Social número dos de Ferrol de fecha 11 de febrero de 2000, que se confirma íntegramente. Se decreta la pérdida del depósito y consignación efectuada por la recurrente, con imposición de honorarios del letrado impugnante en la cifra de veinticinco mil pesetas.

## **2976 RECURSO N° 2.273/00**

S. S.

**INEXISTENCIA DE FALTAS DE ASISTENCIA QUE DETERMINA A IMPROCEDENCIA DO DESPEDIMENTO.**

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

A Coruña, a ocho de junio 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. 2.273/00 interpuesto por "L.N., S.A." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. cinco de Vigo.

#### **Antecedentes De Hecho**

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don R.Q.A. en reclamación de despido siendo demandado "L.N., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 708/99 sentencia con fecha siete de marzo de dos mil por el juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "Primero.- Doña R.Q.A., con DNI número..., venía prestando servicios por cuenta y orden de la empresa "L.N., S.A", con domicilio social en..., desde el 15.03.95, con la categoría de delegada y una remuneración de 302.944, con la categoría de delegada y una remuneración de 302.944 ptas., incluido el prorrato de pagas extras, en virtud de un contrato de trabajo de representante de comercio al amparo del R.D. 1.438/85. La duración del contrato sería de doce meses desde el 15.03.95 al 14.03.96, la retribución sería en la línea OT 10% de comisión mas 10% de gastos de representación mas 10% de promoción; línea dental 10% de comisión mas 5% de gastos de representación mas 5% de promoción. Se le remitirán 25.000 ptas. mensuales para gastos de viaje a justificar y 50.000 pts mensuales a cuenta de comisión. En la cláusula 9<sup>a</sup>, se dice la relación laboral que se establece no supone sujeción a jornada u horario de trabajo concreto. Sin embargo el trabajador tendrá derecho a

vacaciones y permisos pagados fijados en la normativa laboral general que serán retribuidos. En febrero de 1999 se le comunica que las condiciones económicas, a partir del 1 de febrero serán 2.000.000 pts/brutas anuales en concepto de comisión fija, y 5% de comisión sobre rentas de línea dental, dejando de promocionar los productos de línea OTC./ Segundo.- En octubre la trabajadora solicitó una baja laboral a petición de la empresa, porque no se la había dado de alta en S.S., haciéndole una carta el coordinador y hasta noviembre la estuvieron reteniendo el IRPF, que no se pagó. La empresa la presentó otra carta que firmó, en la que se solicitaba reingreso en la empresa, y se firmó un nuevo contrato el 1 de noviembre de 1995, con las mismas condiciones que el anterior, que se prorrogó./ Tercero.- El 17 de noviembre de 1999, la empresa comunica a la actora del despido con la carta siguiente: "Muy Sra. mía:- Por la presente le comunico la decisión de esta empresa de rescindir su contrato laboral por DESPIDO DISCIPLINARIO, por faltas repetidas e injustificadas de asistencia a su puesto de trabajo, y con efectos desde el día 18 de noviembre del año en curso, todo ello de conformidad con el art. 54.2.a) del Estatuto de los Trabajadores, y basado en los siguientes hechos: Con motivo de su matrimonio el día 16.10.99, tal y como nos notificó dispuso Vd. de quince días de permiso, de conformidad con la legislación vigente.- Sin embargo, de forma unilateral ha disfrutado de los días 7 y 15 de octubre de 1999, sin razón para ello y sin autorización de la empresa.- Asimismo, de acuerdo con los quince días naturales de licencia por matrimonio (del 16.10.99 al 30.10.99), debería de haberse reincorporado a su puesto de trabajo el día 02.11.99, habiéndose realizado el día 04.11.99 a las 17:30 horas; lo que equivale a dos jornadas y media de inasistencia injustificada a su puesto de trabajo.- Por todo ello, lamentamos tener que dar por resuelto su contrato por despido disciplinario.- Le ruego firme un duplicado de la presente a los meros efectos de recepción, sin que ello suponga conformidad con el contenido"./ Cuarto.- Se intentó conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraxe e Conciliación, que resultó sin efecto. La empresa demandada se dedica a la venta de productos de clase médica y farmacéutica. La actora no ostenta ni ha ostentado cargo de representación laboral o sindical./ Quinto.- La demandante solicitó permiso de matrimonio por quince días, que disfrutó del 16 de octubre de 1999 en adelante".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando la demanda planteada por doña R.Q.A. contra la empresa "L.N. S.A." debo declarar y declaro improcedente el despido realizado dicha trabajadora por la empresa demandada y en su consecuencia condeno a dicha

empresa a que la readmita en las mismas condiciones que existían antes del despido, o, a su elección que la abone las cantidades siguientes: a) En todo caso, una indemnización, cifrada en cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, prorrataéndose 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 2.120.580 pts. b) Una cantidad igual a 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 prueba por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación. A estos efectos, el salario regulador será de 10.098 pts. diarias. La opción deberá ejercitarse mediante escrito o comparecencia ante la secretaría 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 por 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.- En su recurso frente a la sentencia que declaró improcedente el despido, la empresa interesa nueva redacción al primero de los HDP, en el que (a) se modifica a la baja el salario mensual -204.060 pts, incluida la parte proporcional de gratificaciones extraordinarias- y (b) se innova un párrafo expresivo de que "La trabajadora, con motivo del permiso quincenal por razón de matrimonio, dejó de realizar su trabajo sin autorización los días 7 y 15 de octubre de 1999, así como los días 2, 3 y 4 de noviembre de 1999, incorporándose este último día a las 17.30 horas". 1.- Rechazamos la primera de las modificaciones, que el recurso basa en la copiosísima prueba documental aportada por la demandada y consistente en los certificados de retenciones del IRPF, los listados informáticos sobre las comisiones, las transferencias y los gastos. Con ello es claro que el recurso pretende que la sala valore de nuevo la totalidad de la prueba practicada en autos, como si de una apelación se tratase, desvirtuando así la naturaleza extraordinaria de la suplicación y desconociendo la excepcionalidad de la revisión de hechos en este trámite, limitada a los supuestos en la prueba documental o la pericial evidencien –sin necesidad de conjectura, valoración o razonamiento algunos– el error en que se haya incurrido por la decisión de instancia. Y es más,

con el planteamiento recurrente se hace caso omiso a que nuestra competencia (lo hemos destacado en diversas ocasiones: así, las sentencias de 9-junio-92 R. 2.541/91, 25-junio-92 R. 1.895/91, 27-marzo-98 R. 2.271/95, 3-julio-98 R. 4.633/95, 18-mayo-99 R. 1.929/96, 30-junio-99 R. 2.591/96, 4-noviembre-99 R. 3.579/99, 11-febrero-00 R. 4.278/96 y 17-febrero-00 R. 4.919/96) no se extiende a las operaciones matemáticas y a los cálculos contables, que no son misión propia del tribunal, dado que las ciertamente complejas –como las de autos– han de ser objeto de la correspondiente prueba pericial a valorar por los organismos jurisdiccionales, y las que revistan una mayor elementalidad han de ser realizadas por la parte y meramente comprobadas por la sala. Ello con independencia de que los cálculos efectuados en el recurso –aceptando a efectos dialécticos los ingresos que se hacen constar en la prueba actora– parten del erróneo presupuesto de excluir del cómputo retributivo al diez por ciento de gastos de representación sobre el importe de ventas, atribuido por contrato y percibido por la trabajadora, siendo así que es criterio de la Jurisprudencial el considerar a tal concepto como complemento salarial de puesto de trabajo incardinable en el art. 5.b) RD 2.380/73, de 17-agosto (en tales términos, la STS 20-diciembre-1994 Ar. 677/1995). En la misma forma que se incurre en claros defectos –de cómputo y aritméticos– a la hora de calcular el promedio remunerativo de los dos años anteriores al despido (art. 10.3 RD 1.438/85, de 1-agosto), pues para determinar el correspondiente a 1999 se tiene en cuenta la cifra de comisión fija anual (2.000.000 pts) y las comisiones devengadas hasta el 17-noviembre (fecha del despido), sosteniendo un total de 2.669.046 pts y deduciendo un salario diario –obviamente erróneo– de 3.565 pts; con arreglo a las propias cifras fijas en el recurso y aún prescindiendo del diez por ciento de gastos de representación, desde 1/enero/98 y hasta la fecha del despido (17/noviembre/99), las percepciones totales ascendieron a 5.088.412 pts, lo que supondría ya una cantidad diaria de promedio –685 días computados– de 7.428 pts, y no las 5.096 que el recurso sostiene. Pero en todo caso está claro que la sala no puede aceptar el salario que la empresa propone (4.897.485 pts en total, 204.060 mensuales y 6.802 diarias), remitiéndose –sin más especificación– a la prueba por ella aportada y consistente en los ya referidos certificados de retenciones del IRPF y listados informáticos sobre comisiones, transferencias y gastos; nos remitimos a lo antes dicho sobre la valoración de la prueba en trámite de Suplicación. 2.- Por lo que se refiere a la segunda de las modificaciones, relativa a las supuestas faltas de asistencia, ha de indicarse que la declaración judicial en contrario

–de que no se habían acreditado–, aunque efectuada en la fundamentación jurídica tiene un indudable valor fáctico y ha de ser tenida como parte integrante de los 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, 2-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, 12-mayo-00 R. 1.748/00...). Y la pretensión revisoria de la empresa no se apoya en prueba alguna; es más, ni siquiera se hace la menor consideración al respecto.

**SEGUNDO.-** Asimismo se solicita la modificación del segundo de los HDP, con la siguiente redacción: “El 19 de octubre de 1995, la trabajadora solicitó por escrito una baja laboral voluntaria por tener otras expectativas laborales. El 28 de octubre de 1995, igualmente por carta, la trabajadora solicita nuevamente un puesto de trabajo a la empresa y en las mismas condiciones por haberse frustrado su eventual contratación por un tercero, siendo esta última la actividad a considerar por haber mediado periodo de inactividad”. 1.- Se ha de destacar, en primer término, la absoluta improcedencia del inciso final del texto que se propone; se trata de un concepto jurídico claramente predeterminante del fallo, anticipándolo, y que –por lo mismo– no pueden incluirse en la parte histórica de la sentencia y en su caso tendría adecuada ubicación y justificación en la fundamentación jurídica (a título de ejemplo, las SSTS 19-junio-89 Ar. 4.811 y 7-junio-94 Ar. 5.409; STSJ Galicia 11-febrero-00 R. 5.432/96, 25-febrero-00 R. 5.918/96, 3-marzo-00 R. 499/00, 31-marzo-00 R. 454/97, 7-abril-00 R. 894/97, 18-mayo-98 R. 4.857/98...). 2.- En segundo lugar consideramos que las afirmaciones de la decisión recurrida no pueden desconocerse en base a lo que expresan los documentos que el juez tiene precisamente por inveraces, pues tal como tenemos indicado para supuestos semejantes (Sentencias de 23-octubre-97 R. 3.641/97, 9-mayo-97 R. 1.704/97, 30-octubre-98 R. 4.599/95, 30-octubre-98 R. 3.570/98, 5-noviembre-98 R. 3.899/98, 26-noviembre-98 R. 3.809/95, 18-noviembre-99 R. 4.675/96 y 20-marzo-00 R. 5.321/96), es obvio que no puede invocarse como prueba desvirtuadora del fraude –como palmaria– precisamente la constituida por los documentos cuya desconexión con la realidad acreditada es la que en concreto declara la sentencia de instancia; tales documentos tan sólo resultan acreditativos del aspecto formal de la cuestión, constituyendo –justamente por ello– el presupuesto del fraude declarado probado, sin que –por lo mismo– puedan en forma alguna ser considerados como

demostrativos de que no existe la realidad contraria y fraudulenta que ha declarado el magistrado, tras valorar la prueba conforme a la facultad que en exclusiva le viene atribuida por el art. 97.2 LPL. Y de otra parte, si bien para poder apreciar la figura de fraude es imprescindible una prueba que revista las características de plena, notoria e inequívoca, dado que es principio general del derecho que el fraude nunca puede presumirse, sino que es precisa plena acreditación del mismo y ha de basarse su apreciación en cumplida prueba de los hechos que lo configuran, no lo es menos que su apreciación de tal figura –normalmente por la vía de la presunción regulada en el art. 1.253 CC– constituye una mera cuestión de hecho que corresponde fijar en exclusividad al magistrado de instancia –la inmediación en la práctica de las pruebas permite valorarlas más adecuadamente– y tan sólo resulta censurable en trámite de recurso cuando según las reglas del criterio humano falte un enlace preciso y lógico entre los hechos demostrados y el que se trata de deducir (entre tantas otras, las SSTSJ Galicia 30-junio-98 R. 3.448/95 y 18-noviembre-99 R. 4.675/96), lo que mal puede sostenerse cuando –como en autos– la versión de la actora y aceptada por el magistrado ofrece mucha más razonabilidad que la pretendida por la demandada.

TERCERO.- Finalmente, en el apartado de examen del derecho aplicado la recurrente denuncia que la sentencia viola –por inaplicación– el art. 54.2.a) ET. Con independencia de que la sala considere insuficiente la infracción que se señala, echando en falta una referencia a la supuesta vulneración –por inaplicación y aplicación indebida– de los arts. 55.4 y 56 ET, así 108, 109 y 110 LPL, lo cierto y verdad es que el fracaso de la segunda de las revisiones –comisión de la falta– lleva necesariamente a desestimar la única vulneración normativa que se acusa: si resulta inmodificado HDP que la accionante no ha incurrido en falta de asistencia alguna, obviamente el despido se halla injustificado y ha de ser calificado como improcedente, con las consecuencias previstas en los preceptos citados y fijadas correctamente por el magistrado de instancia, de acuerdo con las conclusiones –que la sala ha de compartir– relativas a la antigüedad y salario que se tienen por acreditados. En consecuencia,

### **Fallamos**

Que con desestimación del recurso interpuesto por “L.N., S.A.”, confirmamos la sentencia que con fecha 7-marzo-00 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº Cinco de los de Vigo, a instancia de doña R.Q.A. y por la que se acogió la demanda formulada. Asimismo condenamos a la parte recurrente a que

por el concepto de honorarios satisfaga 25.000 pts al Sr. letrado de la parte recurrida. E igualmente se acuerda la pérdida del depósito constituido y el destino legal para la consignación efectuada.

## **2977 RECURSO N° 1.902/00**

S. S.

**IMPROCEDENCIA DO DESPEDIMENTO, Ó RESULTAR INADMISIBLE A ALEGACIÓN DE NULIDADE DO CONTRATO DE TRABALLO POR VICIO DO CONSENTIMENTO.**

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

A Coruña, a nueve de junio 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. 1.902/00 interpuesto por A.C.C. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de Lugo.

### **Antecedentes De Hecho**

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 723/99 se presentó demanda por A.C.C. en reclamación de despido siendo demandado el “E., S.L.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 17 de diciembre de 1999 por el juzgado de referencia que desestima la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1º).- El actor don A.C.C., mayor de edad, vecino de Lugo con DNI..., ha venido prestando servicios por cuenta y cargo de la empresa demandada “E., S.L.”, dedicada al sector de la construcción (actividad de edificación y obras públicas), con antigüedad de 26-julio-99, categoría profesional de oficial de 1<sup>a</sup> (albañil) y salario mensual de 131.164 ptas. incluida la prorrata de pagas extraordinarias. La relación laboral se pactó a medio de contrato de trabajo de duración determinada, al amparo del art. 15 del ET en la modalidad de obra o servicio determinados, consistente en la realización de trabajos de su especialidad en la obra sita en la C/... de Lugo.- 2º) El demandante no ostenta ni ha

ostentado en el año anterior al cese, la condición de representante de los trabajadores. Está afiliado a al C.I.G.- 3º) permaneció en situación de I.T. derivada de Accidente no laboral desde el día 02.08.99 hasta el día 30.09.99, fecha de última en que le fue extendido el parte médico de alta.- 4º) Cuando el viernes 1º de octubre acude el actor a la obra acompañado de don J.R.S. y otro, con quienes le une amistad, con el fin de entregar el parte de alta y reincorporarse a su puesto de trabajo, se encuentra con que se le impide entrar a trabajar y desarrollar la prestación laboral pactada. El demandante no volvió más por la obra ni recibió nunca comunicación escrita de despido del empresario.- 5º) El accionante firmó el finiquito de liquidación correspondiente al período trabajado del 26.07.99 al 31.07.99 (6 días), en el que figura como fecha de su antigüedad la de 26.07.99. Se halla afiliado a la Seguridad Social con el nº...- 6º) Don A.C.C. sufrió un accidente no laboral el día 24.07.99 (sábado) cayéndose desde una altura de unos dos metros, produciéndose heridas en codo, ceja y bóveda craneal, traumatismo codo y esguince de muñeca, de las que fue atendido en el Servicio de Urgencias del Complexo Hospitalario "X.C." de Lugo. Se le pusieron varios puntos de sutura en el brazo, fracturándose asimismo un dedo, siendo este accidente de 24.07.99 la única causa del proceso posterior de I.T. Accidente que el actor silenció al empresario al tiempo de concertar la relación laboral. Durante los días de prestación efectiva de servicios su rendimiento laboral fue exiguo al quejarse constantemente delante de sus compañeros de dolores, no pudiendo realizar esfuerzos físicos.- 7º) Presentada papeleta conciliatoria ante el SMAC el día 18.10.99, se celebró el preceptivo acto de conciliación previa el día 29.10.99, que concluyó con el resultado de "intentada sin efecto", por incomparecencia de la empresa demandada empero estar citada en legal forma.- 8º) Agotada la vía previa, se interpuso la demanda origen de estas actuaciones, que fue repartida a este Juzgado de lo Social con fecha 09.11.99".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que desestimando como desestimo la demanda deducida por don A.C.C. sobre despido, contra la empresa "E., S.L.", debo absolver y absuelvo a la demandada de las prestaciones deducidas en su contra, por inexistencia de válida relación laboral al tiempo del pretendido despido."

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, deducida por el actor sobre despido contra la empresa demandada, absolviendo a la misma de las pretensiones deducidas en demanda, por inexistencia de válida relación laboral al tiempo del pretendido despido, por estimar sustancialmente que el consentimiento del empresario fue prestado, estando afectado de un vicio de error sustancial, al desconocer el accidente no laboral sufrido por el trabajador dos días antes de firmar el contrato de trabajo, y que el trabajador maliciosamente le ocultó; ocultación que de no haberse producido habría determinado la no concertación de la relación laboral, dolo del trabajador que califica de grave, por tanto, no puede hablarse de despido, por inexistencia de relación laboral que nació viciado de nulidad. Estimando la sentencia de instancia, que si bien, la petición de la demandada, en el acto de juicio, de la declaración de nulidad del contrato, con las consecuencias inherentes, supone una reconvenCIÓN implícita que ha de ser repelida, al no cumplirse lo previsto en el art. 85.2 de la LPL (al no haber sido anunciada en la conciliación previa), ello no impide que tal alegación (de nulidad del contrato) sea examinado como motivo de fondo (pues según doctrina del TS, las causas de anulabilidad de los contratos, pueden oponerse frente a quien insta su cumplimiento, sin necesidad de articular reconvenCIÓN, esto es, no de hacerlas valer por vía de acción, sino que también pueden serlo, como motivos o medios de defensa). Y disconforme con dicho pronunciamiento, recurre la parte actora, la citada sentencia, articulando dos motivos de recurso, en el primero, y con adecuado amparo procesal, en el art. 191 apartado b) de la LPL, solicita la revisión de los HDP, y en concreto la modificación del HP 5º, solicitando la sustitución en dicho hecho, de las palabras "finiquito y liquidación", por la palabra "nómina" o la expresión "recibo de salarios", de tal forma que el inciso final de tal hecho probado, sea del siguiente tenor: "El accionante firmó la nómina correspondiente al período trabajado del 26.07.99 al 31/1999 (6 días), invocando a tal efecto la documental obrante al folio 26 de los autos. Pretensión de revisión fáctica que ha de tener favorable acogida, al estar apoyada en documentación hábil al efecto, (recibo de salarios, obrante al folio 26 de los autos que evidencia el error que se denuncia, pues claramente se indica en el citado documento, y no ha sido además contradicho por la contraparte).

SEGUNDO.- El segundo motivo del recurso se articula por la vía del apartado c), del art. 191 de la LPL, denunciando infracción de los arts. 1.300, 1.301, 1.261, 1.265 y 1.270 del Cv. y el art. 9 del ET, en relación con el art. 85.2 de la LPL,

alegando sustancialmente, que la sentencia de instancia, no declaró improcedente el despido, por entender que existió vicio de consentimiento, consistente en dolo o engaño del actor frente al empresario, por lo que reputa nulo el contrato y que por tanto no hubo despido, y que si bien la juzgadora “a quo” acepte que la alegación de nulidad de contrato por dolo supone una reconvenCIÓN implícita, que no puede aceptarse por no cumplir los requisitos del art. 85.2 de la LPL; luego soslaya tal impedimento procesal por medio de la jurisprudencia de la sala 1º del TS, que permite oponer como excepción la anulabilidad de los contratos alegando la recurrente que tal argumentación resulta inadmisible, por cuanto que en primer lugar supuso una defensa imprevisible y causante de indefensión, y en segundo lugar, por cuanto que si bien, el TS admite la opinibilidad por vía de excepción de supuestos de nulidad radical, pero no de anulabilidad, (y los vicios de consentimiento comportan supuestos de anulabilidad) y en estos casos es necesario el ejercicio de acción por vía de demanda, reconvenCIÓN, invocando al efecto la Ley 1/2000 LEC, en el art. 408, que si bien, no entrará en vigor hasta el 08.01.01, tiene un importante valor científico e interpretativo, alegando asimismo, infracción de los arts. 1.265, 1.269 y 1.270 del Cv. y art. 8 del ET, alegando sustancialmente que en caso de autos no se desprende la existencia de dolo, y denunciando, por último, infracción del art. 66.3 al constar en autos la inasistencia del demandado al acto de conciliación ante el SMAC, no constando justificación alguna de tal inasistencia, suplicando, en definitiva que se revoque la sentencia y que se declare que el demandante fue despedido improcedentemente el día 1 de octubre de 199, y se condene a la demandada a optar por su readmisión o indemnización y al abono de los salarios de tramitación dejados de percibir y con imposición a la demandada de multa y costas previstos en el art. 66.3 de las LPL. - Recurso que fue impugnado de contrario.- Que el Magistrado de instancia, funda su decisión desestimatoria de la demanda, en la existencia de un vicio de consentimientos, consistente en dolo o engaño del actor frente al empresario, por lo que reputa nulo el contrato, y por tanto, la inexistencia de despido, y que si bien, estima que la alegación de nulidad del contrato efectuado por la empresa demandada en el acto de juicio, supone una reconvenCIÓN implícita, que no puede aceptarse por no cumplir la respuesta del art. 85.2 de la LPL, luego soslaya el impedimento procesal por medio de jurisprudencia del TS, que permite oponer como excepción la anulabilidad de los contratos, calificación jurídica que tiene su fundamento fáctico en el HDP 7º, y si bien la parte recurrente combate la conclusión de la

magistrado de instancia en las deficiencias anteriormente reseñadas. Y por razones de método, ha de comenzarse por el examen del primer motivo alegado, en el apartado de examen de derecho de indefensión, al alegar la empresa demandada en el acto de juicio y por sorpresa, la existencia de nulidad del contrato por vicios de consentimiento y para la adecuada resolución del recurso ha de partirse de las siguientes consideraciones: - Que de conformidad con el apartado 1 del art. 55 del ET, el despido, debe ser notificado por escrito al trabajador, haciendo constar los hechos que lo motivaron y la fecha en que tendrá efecto, lo que no aconteció en el supuesto de autos, lo que implica la inobservancia del requisito de la comunicación escrita en forma –que conduce- a la declaración de improcedencia del despido; y así se declarará –dice el art. 55.4 del Et, improcedente el despido, cuando en su forma no se ajustare a lo establecido en el nº 1 del art. 55, y en el mismo sentido, el art. 108.1.2 de la LPL dice que el despido “será calificado como improcedente... (por el juez) en el supuesto de que se hubieren incumplido los requisitos de forma establecidos en el art. 55.1 del ET.” - Que una característica de este despido improcedente, es la posibilidad de su reiteración purgando la inobservancia de requisitos de forma, en búsqueda de la procedencia del despido, posibilidad que se abre en dos momentos a saber: - En el plazo de 20 días, a contar desde el siguiente al del primer despido, con obligación de pagar los días del período intermedio con obligación de alta en la Seguridad Social. - Dentro del plazo de 7 días, desde la notificación de la sentencia, que haya declarado el despido improcedente, por incumplimiento de los requisitos de forma. Y la alegación en juicio, como defensa por el demandado, de motivos de despido distintos a los que ha hecho constar en la carta es impertinente, y casi de suyo, determina la improcedencia vicio de forma del propio despido, al no haber sido incluidos aquéllos en la carta y faltarle a esta los requisitos esenciales, y por tanto, si no cabe, en el momento del juicio, articular un hecho nuevo, menos todavía, alegar como causa de oposición, la inexistencia del contrato, pro vicios del consentimiento.- Nuestra Constitución prohíbe que se dispense tutela judicial efectiva, causando indefensión y en coherencia con la proscripción de indefensión, que como derecho fundamental, se consigna en el art. 24.1 de la CE, la LPL, prohíbe que, a lo largo del proceso pueden irse variando hechos sustanciales, líneas fundamentales de debate razones de pedir, art. 80.1.c), art. 85.1 y art. 87.4 de la LPL y asimismo el art. 105.2 de la LPL establece que no se la admitirán al demandado (en ningún momento del juicio) otros motivos de oposición, que los consignados en la comunicación de despido, que lo que en realidad

quiere decir el precepto de que el empresario, no puede defenderse alegando que ha despedido en virtud de una causa cualquiera que esta sea distinta de la que ha hecho constar como justificativa de su decisión resolutoria en la comunicación de despido, pues de lo contrario causaría indefensión al demandante. Indefensión que aún es más evidente, cuando resulta (como acontece en el supuesto de autos) que el litigante –la empresa demandada- que corre con la carga de demostrar los motivos del despido, y además de haber incumplido el modo previsto por el legislador para comunicarle el despido, alega por primera vez en el acto de juicio, la nulidad del contrato por vicio de consentimiento que no le permite al actor defenderse adecuadamente e impugnar este despido y ello supone, sin ningún género de dudas, una alegación nueva, que no debió admitirse al generar indefensión a la contraparte, y siendo ello así y dado que no procedía entrar en el examen de la causa de nulidad contractual invocada por la empresa demandada en el acto de juicio, al tratarse como se ha expuesto de una alegación nueva no admisible al generar indefensión. Y al haber sido el actor despedido verbalmente (al entregar el parte de alta el 01.10.99 y pretender reincorporarse al trabajo) despido no ajustado a las exigencias de forma establecidas en el art. 55.1 del ET, ello conduce inexorablemente a la declaración de improcedencia del despido, de conformidad con lo establecido en el art. 55.4 del ET y 108 de la LPL. En consecuencia, y estimándose la infracciones denunciadas procede la estimación del recurso, revocando la sentencia de instancia y declarando que el demandante fue despedido improcedentemente el día 01.10.99, condenando a la demandada a optar entre su readmisión o indemnización con abono de los salarios dejados de percibir. Y finalmente, y por lo que se refiere a lo denunciada infracción por inaplicación del art. 66.3 de la LPL, formulada por el recurrente en el recurso, al constar la inasistencia del demandado al acto de conciliación, no constando justificación alguna de tal inasistencia, por lo que debe ser aplicado en todo rigor el art. 66.3 de la LPL, es de señalar, que el art. 66.3 de la LPL, establece que: “si no compareciere la otra parte, se tendrá la conciliación por intenta sin efecto, y el juez o tribunal deberá apreciar temeridad o mala fe, si la incomparecencia fuera injustificada, imponiendo la multa señalada en el art. 97.3, si la sentencia que en su día dicte coincidiera esencialmente con la pretensión contenida en la papeleta de conciliación”. Que en el supuesto de autos, es de señalar que si bien existió acto de conciliación, éste fue intentado sin efecto, al no comparecer la demandada, si bien, no puede estimar la Sala que la incomparecencia fuese injustificada habida cuenta que la citación al acto de conciliación a la

empresa fue efectuado por carta certificada que fue depositada en la Oficina de Correos de Lugo, por lo que no cabe la imposición de la multa prevista en el citado art. 66.3 de la LPL. En consecuencia,

### **Fallamos**

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por don A.C.C. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. UNO de LUGO; en fecha 17 de diciembre de 1999, en proceso promovido por el recurrente, nº 723/99, contra la empresa “E., S.L.”, con revocación de la misma, debemos declarar y declaramos improcedente el despido, de que fue objeto el actor el día 01.10.99, y en consecuencia, condenamos a la demandada a que en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de la presente sentencia, 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 TREINTA MIL SEISCIENTAS CUATRO pesetas (30.604 ptas.) 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 CUATRO MIL TRESCIENTAS SETENTA Y DOS PESETAS (4.372 ptas.) día y en las condiciones establecidas en el art. art. 56.1.b) del ET, y sin que proceda la imposición al demando de la multa prevista en el art. 66.3 de la LPL.

### **2978 RECURSO N° 2.047/00**

S.S.

**DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE POR INEXISTENCIA DE TRANSGRESIÓN DA BOA FE CONTRACTUAL.**

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio González Nieto

A Coruña, a doce de junio 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. 2.047/00 interpuesto por la empresa “C.I., S.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 don A.H.T. en reclamación de despido siendo demandada la empresa “C.I., S.A.”, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 51/00 sentencia con fecha veintiocho de febrero 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)- El demandante en los autos, don A.H.T., mayor de edad, vecino de Viveiro (Lugo), provisto de D.N.I..., vino prestando sus servicios por cuenta y orden de la demandada la empresa “C.I., S.A.”, con domicilio social en Lugo, c/..., bajo las siguientes circunstancias laborales: antigüedad de 24.05.71, categoría profesional de licenciado, centro de trabajo en la mina... /A Coruña), y salario mensual incluida p/p extras en los seis meses anteriores al despido de ptas. 411.814 brutas, equivalentes a 13.727 ptas. diarias a efectos de indemnización./ 2º) Con fecha 27.12.99 recibe comunicación empresarial escrita de despido fechada a 20.12.90, por carta certificada cursada por conducto notarial, del tenor literal (sic): “Por la presente le comunicamos que hemos tenido conocimiento de los siguientes hechos: 1.- Los pasados 30 de abril y 8 de septiembre del presente año, fue amonestado por escrito por su negligencia y desidia en la realización de los trabajos encomendados, con el agravante de que su actitud en el trabajo afectaba a la buena marcha de la compañía. En ambos casos, ya se le advertía de la gravedad de las faltas, de su reiteración y de los perjuicios que estaban produciendo a la compañía. Desgraciadamente, la respuesta positiva que por nuestra parte se buscaba, no ha obtenido mas respuesta por su parte que la persistencia contumaz en su actitud de negligencia y desidia en el trabajo, con la consecuencia de gravísimos perjuicios para la compañía, según se deduce de los hechos y declaraciones que a continuación se relatan: 2.- Con respecto al embarque cargado el 18.09.99, para nuestro cliente I.A.: M/VC “H.” se le hizo ver previamente la necesidad de controlar de forma exhaustiva la calidad del mineral correspondiente a este embarque y prueba de ello se encuentra en la carta de amonestación de fecha 8 de septiembre de 1999. Según los resultados del informe por Vd. emitido y de los análisis realizados por SGS en nuestro laboratorio, el contenido de Al2O3 de este barco estaba en 0,36% para los lavados; 0,40% para la muestra tomada a la carga y 0,41% para el análisis de la muestra de SGS. El resultado obtenido por el cliente sobre la misma muestra de SGS, ha sido de 0,62%. Este resultado ha sido corroborado por

los laboratorios siguientes: “M.” de Noruega por dos veces, “F.S.”, “L.L.” y “A.” de Bilbao y finalmente por “A. SGS” de Italia (se acompaña fax fechado el 03.11.99 y remitido por “SGS M.M.”), en este caso tanto sobre la muestra original, como sobre la muestra de reserva de SGS, molida y dividida por ellos en Italia. Esta circunstancia ha provocado, tanto una fuerte reclamación económica por parte de nuestro cliente I.A., cuya copia se acompaña, como que dicha compañía haya suspendido la contratación de 33.000 Tm de cuarzo debido, según me manifestaron los Sres. H. y O. en mi visita a Islandia el pasado día 6 del presente mes de diciembre, a que tienen una falta de confianza generada por nuestro control de calidad del que usted es responsable, ya que la misma circunstancia se ha producido en los últimos 5 barcos que les hemos servicio los resultados que han encontrado han sido sistemáticamente más altos (ver gráfico que se adjunta) que los dados por nuestro laboratorio. Situación que pese a las advertencias y amonestaciones realizadas, usted ha venido repitiendo en el último año./ 3.- Como hecho de especial gravedad, tenemos que considerar su actitud desde el momento en que el cliente planteó su reclamación y para ello me remito al informe de fecha 16 de diciembre de 1999 firmado por el Director de mina y del que extracto lo que sigue: “El Sr. H., no solo no inició acciones para tratar de explicar las incógnitas que plantea la reclamación de I.A., sino que en ningún momento quiso o supo dar explicación de lo ocurrido, ni adelantó qué otras pruebas podrían hacerse para contrastar los resultados, ni consultó a otras entidades en busca de soluciones. Se limitó únicamente a realizar las mediciones cuando le fue solicitado, e incluso en una de las reuniones con SGS, dijo que deseaba ausentarse, lo que tuvo que serle denegado por el Director de mina”. 4.- A mayor abundancia, en la investigación realizada por el director de mina en relación a todo este asunto, se tiene conocimiento por primera vez de acusaciones explícitas y muy graves contra Vd. que se resumen como sigue: a) Segundo manifestación del Sr. N.: El Sr. H. en muchas ocasiones anotaba en el parte del laboratorio resultados que no se correspondían con los medidos por el Sr. N., de manera que siempre se dieran resultados dentro de especificación y aún de consigna, cuando la realidad es que es frecuente que análisis de lavados o muestras de buques den fuera de consigna y de especificación. B) El Sr. R.: afirmó que cuando él trabajaba como laborante, el Sr. H. le quiso obligar a poner en los partes resultados que no eran los obtenidos en los análisis. C) Don S.B. dice “que durante todos estos años, se ha mandado mineral a puerto que en ocasiones no coincidía en calidad con los resultados de los análisis, y que se debía sencillamente a que el Sr.

H., cambiaba los resultados de los análisis para “meter el mineral dentro de especificaciones”, en lugar de adoptar las medidas correctivas para materiales no-conformes. También apunta el Sr. B., que en otras ocasiones, ni siquiera se han realizado los análisis, cuyos resultados fueron anotados en los partes diarios, hecho constatado porque en esos días no se bajaron muestras al laboratorio”. 5.- Reflejo de su negligencia y transgresión de la buena fe es que, a la fecha de este escrito, todavía no ha entregado Vd. el estudio sobre los lodos de la planta de mina... encargado el pasado mes de febrero 1999, reiterado en la carta de 30 de abril y de nuevo a través de fax de 21 de septiembre de 1999. Tanto los antecedentes que constan en su expediente, como los hechos arriba reseñados, y las consecuencias que los mismos están acarreando a la buena marcha de la empresa: son de suficiente gravedad como para que en aplicación del régimen disciplinario contemplado en el convenio colectivo de esta empresa. Por parte de esta dirección, se haya tomado la decisión de prescindir de sus servicios procediendo a despedirle con fecha de efectos del próximo 21 de diciembre de 1999”./ 3º).- Al tiempo de recibir citada comunicación de la empresa se encontraba el demandante en situación de IT, concretamente desde el día anterior./ 4º).- No ostenta ni ha ostentado el actor en el año anterior al despido la condición de representante legal o sindical de los trabajadores./ 5º).- En las comunicaciones empresariales al actor fechadas a 30.04 y 08.09.99 se califican los hechos que se le imputan como faltas graves no obstante lo cual sólo se le amonesta por escrito. A ambas contestó, en los términos que obran en el ramo de prueba de la actora y que se dan aquí por reproducidos, el demandante merced a escritos recibidos por la Empresa en fechas 11.05.99 y 14.09.99, respectivamente. No recibió más respuesta de la empresa al segundo de ellos que la carta de despido de 20.12.99./ 6º).- Al contrato 9.910 de 07.09.99 celebrado entre la empresa demandada y la mercantil extranjera “I.A.L.” se previó que el análisis del mineral se realizaría por el laboratorio el SGS en Bilbao y que los resultados (así obtenidos) serían finales y vinculantes para todos los interesados. La segunda empresa era cliente habitual de la hoy demandada al menos desde 1984./ 7º).- No resultan probados los hechos a que alude la comunicación empresarial de despido en sus apartados 3 y 4./ 8º).- El estudio a que se refiere el apdo. 5 de la carta de despido, sobre los lodos de la Planta de Mina..., no pudo ser concluido por el demandante debido a las condiciones meteorológicas de sequía y falta de lluvia, encontrándose las pozas sin agua. En mayo/99 había entregado a la empresa no obstante parte del referido estudio./ 9º).- En el VI Convenio Colectivo de la empresa “C.I., S.A.”,

de aplicación, se prevé (art. 32.4) como sanción para las faltas graves la suspensión de empleo y sueldo de 1 a 15 días. En su art. 32.3 se contemplan como faltas muy graves sancionables con el despido el fraude o deslealtad en las gestiones encomendadas; la reincidencia en falta grave, y la disminución voluntaria continuada y demostrada en el rendimiento normal de la labor del trabajador./ 10º).- Con fecha 04.01.2000 presentó el demandante papeleta conciliatoria ante el SMAC, celebrándose el preceptivo acto de conciliación previa a la vía judicial con data 19.01.00, que concluyó con el resultado “sen avenienza”. La actual demanda, deducida que fue una vez agotada la vía previa, fue turnada a este Juzgado de lo Social el día 26.01.00”.

**TERCERO.**- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que estimando en parte la demanda deducida por don A.H.T., sobre despido, contra la empresa “C.I., 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. H.T. o el abono de una indemnización de DIECISIETE MILLONES DOSCIENTAS NOVENTA Y SEIS MIL CIENTO OCHENTA Y OCHO PESETAS (17.296.188), entendiéndose que de no optar el empresario por la readmisión o por la indemnización procedente la primera, y, además, en uno y otro caso, al pago de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido, hasta la notificación de la sentencia y que hasta la fecha de la presente resolución y a razón de 13.727 pesetas diarias ascienden a la suma de NOVECIENTAS CUARENTA Y SIETE MIL CIENTO SESENTA Y TRES PESETAS (947.163 PTAS)”.

**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, estimando en parte la demanda, declaró improcedente el despido del actor, condenando a la empresa a que en el plazo de 5 días desde la notificación de la sentencia, le readmita o le abone una indemnización de 17.296.188.- pts, así como los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de aquélla y que hasta la fecha de la presente resolución y a razón de 13.727.- pts diarias, ascendía a la suma de 947.163.- pts. Decisión judicial que es recurrida por la empresa, pretendiendo como primer motivo de recurso, y con adecuado amparo procesal, la

revisión de los hechos declarados probados y en concreto el ordinal primero, a fin de que se adicione un párrafo del tenor literal siguiente: “El actor en la fecha del despido ocupaba el puesto de jefe de control de calidad, que como responsable de calidad de la mina tiene entre otras funciones: selección y clasificación de minerales, instrucción sobre la calidad de minerales, controla la toma, preparación y análisis de minerales, control de toma, preparación y análisis de las muestras de producción y organización de la carga de los buques, toma y preparación del análisis de las muestras de la carga por el Laboratorio de la Mina..., todo ello según los procedimientos establecidos en el manual de calidad elaborado por el propio actor”. Pretensión que se rechaza, al no aportarse documento que demuestre de modo directo y evidente la equivocación del juzgador, sin necesidad de deducciones, conjecturas o presunciones, pretendiendo en realidad la recurrente sustituir el criterio objetivo imparcial de la jueza “a quo” por el suyo propio, haciendo una nueva valoración de la prueba ya practicada en la instancia; máxime cuando en la documental (recibos del salario del trabajador) consta la categoría profesional de licenciado, sin que, esté claro, cuáles eran las concretas funciones que realizaba, pues, cuando entró en la empresa estaba como jefe de la mina, posteriormente llegó un nuevo jefe y a aquél lo mandaron para un despacho y posteriormente al laboratorio. Igualmente se interesa la revisión del ordinal sexto a fin de que quede redactado del tenor literal siguiente: “El 07.09.99, “C.I., S.A.” e I.A.L. Firman el contrato núm. 9.910 para el suministro por parte de aquella empresa de 5.000 toneladas métricas de cuarzo... a un precio de 18,03 Euros/Tonelada métrica. En dicho contrato se previó que el pesado, muestreo y determinación del tamaño fueran realizados en el puesto de carga y el análisis lo realizará igualmente el laboratorio de SGS de Bilbao, siendo los resultados obtenidos finales y vinculantes para todos los interesados. El actor, los días 17 y 18 de septiembre de 1999, realiza una verificación de dicha carga para el cliente I.A. mediante la elaboración de un Informe obrante en autos y que se da por reproducido, dónde entre otros extremos se señala el detalle horario de la carga, personal que participó en la carga, medios utilizados en la carga, realizando personalmente un Informe de calidad de la carga en su condición de jefe de calidad de la mina, ofreciendo unos resultados medios de 0,40% en Fe<sub>2</sub>O<sub>3</sub>; 0,41 en AL<sub>2</sub>A<sub>3</sub>; 0,003 en CaO y 0,0043 en TiO<sub>2</sub>, en principio, dentro de los límites pactados con el cliente I.A. en el contrato a que se ha hecho referencia anteriormente. La empresa “I.A.” es cliente habitual de la hoy demandada desde 1984”. Modificación que merece favorable acogida al estar amparada en la documental,

obrante a los folios 82 a 85 y 98 a 104 de los autos (contrato de 07.09.99 y manual de calidad de la empresa). Se interesa igualmente la adición de un nuevo hecho probado del tenor literal siguiente: “Una vez recibido el cargamento de cuarzo enviado por la empresa al cliente I.A., éste comunicó con fecha 5 de noviembre de 1999 que el mismo, tras un análisis efectuado por un laboratorio independiente denominado M. en Noruega, superaba el límite máximo de contenido al Al<sub>2</sub>O<sub>3</sub> de 0,6% especificado en el contrato de compra, reservándose el derecho a rechazar el cargamento con todos los costos de la operación a cargo de “C.I., S.A.”, solicitando el reembolso total de los pagos ya realizados. Esos pagos incluyen 110.060, 01 euros y los gastos de flete que ascienden a 26.205 NOK. La empresa a la vista de la reclamación del cliente, envió las mismas muestras del cargamento a otros laboratorios independientes que realizaron varios análisis. Así, concretamente SGS en Italia que arrojó en sus análisis un valor de 0,61% de Al<sub>2</sub>O<sub>3</sub> en el cuarzo; nuevamente M. en Noruega que arrojó en sus análisis un valor de 0,68% en Al<sub>2</sub>O<sub>3</sub> con las mismas muestras utilizadas por SGS; Leia de Bilbao: 0,67% de valor de Al<sub>2</sub>O<sub>3</sub> en el cuarzo enviado; Azterlan de Bilbao: 0,64% de valor de Al<sub>2</sub>O<sub>3</sub> y Sabós (Ferroatlántica): 0,58% de valor de Al<sub>2</sub>O<sub>3</sub>. Todos estos valores muy superiores a los contenidos en el Informe de análisis elaborado por el actor sobre muestras tomadas por SGS” Adición que se acepta, al estar acreditada, si bien es intrascendente a los efectos de la resolución de la litis, 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-, se denuncia infracción del art. 54.b) y d) del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el art. 32.3 del convenio colectivo de empresa, alegando fundamentalmente: A) que el actor había sido sancionado disciplinariamente con anterioridad por dos faltas graves por negligencia en el trabajo, B) incumplió las normas de calidad, no actuando diligentemente y estableciendo unos valores para el cargamento destinado al cliente de la empresa “I.A., S.A.” inexactos, C) emitió un informe de calidad, firmado por él, con valores de Al<sub>2</sub>O<sub>3</sub> incorrectos que superaba las normas mínimas de calidad según el manual de calidad de la empresa, D) la negligencia se constataba con los resultados obtenidos por los laboratorios de “M.”, “F.”, “L.”, “A.” y “SGS” de Italia, cuyos resultados determinaban que la carga era absolutamente desechariable y que superaba con creces los límites establecidos en el contrato con el cliente; lo que había supuesto una fuerte reclamación económica que superaba los treinta millones de pesetas con el consiguiente deterioro de las relaciones, E) Había incumplido sus obligaciones de alta

responsabilidad, entre las que se encontraba la verificación y análisis de los cargamentos de cuarzo destinados a clientes. De conformidad con reiterada jurisprudencia (de ociosa cita), es fundamental en el tráfico jurídico, que los sujetos acomoden su actuación a los deberes de lealtad y buena fe que deben presidir estas relaciones (art. 7.1 del C.C.) y con mayor razón las derivadas del contrato de trabajo que es “*intuitu personae*”, según viene expresamente exigido por los arts. 5.a) y 17.2 del E.T.; por ello el art. 54.2.d) de este último cuerpo legal, configura como causa justa de despido disciplinario, el incumplimiento grave y culpable del trabajador, consistente, en la transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el desempeño de la actividad laboral confiada a aquél. Precepto matizado por la propia doctrina jurisprudencial, en el sentido, de que en ese incumplimiento se puede incurrir tanto de forma intencional, dolosa, con ánimo deliberado y conocimiento consciente de faltar a la lealtad depositada en el trabajador por quien le ha empleado, como por negligencia o descuido imputable al mismo, imponiéndose pues una diligencia y lealtad exigible con mayor rigor de acuerdo con la responsabilidad del cargo desempeñado y confianza depositada en quien lo ocupa, sin que para apreciar este tipo de faltas sea necesario que se acrede la existencia de un lucro personal, ni haber causado daños a la empresa, y con independencia de la mayor o menor cuantía de lo defraudado en su caso, pues, basta para ello el quebrantamiento de los deberes de fidelidad y lealtad. El problema que se suscita en la presente litis consiste en determinar, -si como se entendió por el magistrado de instancia- no existe responsabilidad del actor, por el solo hecho de haber firmado el informe de calidad del cargamento del mineral de cuarzo, al entender que las muestras no eran homogéneas, lo que podría tener como consecuencia que los resultados de los análisis podría diferir en un porcentaje de hasta el 40% cuando dichos análisis fueron realizados por “SGS” en el laboratorio de la empresa demandada, incumpliendo lo que se había pactado en el contrato celebrado con la “M.I.A., LTD” el 07.09.99 que especificaba que el análisis lo realizaría el laboratorio de “SGS” si bien en Bilbao, siendo la empresa la única responsable tratando de hacer recaer sobre el actor las consecuencias del desastroso resultado económico sufrido en la operación, por el solo hecho de haber firmado el informe de calidad, o, por el contrario, -como se sostiene por la empresa recurrente-, el actor era el único responsable por considerarlo jefe de calidad, y haber realizado la verificación consiguiente de la carga, debiendo cerciorarse de la calidad de los productos que salían de la empresa. Llegándose a la primera conclusión y ello por cuanto, si bien con fecha 07.09.99, “C.I., S.A” e “I.A., L.T.D.” firmaron el

contrato 910 para el suministro por parte de aquella empresa de 5.000 Tm. de cuarzo “Sonia” a precio de 18,03 euros Tm, habiéndose pactado que el pesado, el muestreo y la determinación del tamaño se haría por una empresa independiente “SGS. E.C., S.A.” en el puerto de carga y que los análisis los realizaría también esa empresa pero en su laboratorio de Bilbao, es decir que toda la labor del control de calidad para ese cargamento se haría, no por los servicios de la empresa vendedora, sino por una empresa independiente, siendo los resultados finales obtenidos vinculantes para todos los interesados; lo cierto y real, es que dichos análisis fueron realizados por “SGS” en el laboratorio de la empresa demandada, sin que se hubieran realizado en el laboratorio convenido de Bilbao, incumpliendo la empresa el compromiso asumido con el cliente; por lo que, -como acertadamente se razona por el magistrado de instancia-, no es de recibo hacer recaer sobre el actor la responsabilidad del desfavorable resultado económico sufrido en la operación, por el solo hecho de haber firmado el demandante el informe de calidad –verificación de la carga- cuando además las diferencias entre los resultados de los distintos análisis y los obtenidos en otros laboratorios, se debe a que las muestras no son homogéneas, lo que trae como consecuencias que los resultados de los análisis puedan diferir en un porcentaje de hasta un 40%, (fundamentación jurídica con valor de hecho probado); por lo que esta sala entiende, que la responsabilidad por ese hecho sería única y exclusivamente imputable a la dirección de la empresa demandada, y en ningún caso al actor; por lo que procede declarar el despido improcedente tal y como acertadamente se entendió por el magistrado de instancia, sin que se haya infringido el art. 32.3 y 4 del Convenio Colectivo, pues, las supuestas faltas graves que le son imputadas con fechas 30.04 y 08.09.99 no merecen tal calificación al haber sido objeto de amonestación por escrito, que de conformidad con el artículo citado, únicamente merecen la calificación de leves. 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. De conformidad con el art. 233 de la L.P.L. se imponen las costas del recurso a la empresa en la que se incluirán los honorarios del letrado de la parte impugnante en cuantía de 25.000.- pts.

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la empresa “C.I., S.A.”, contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de Lugo, de fecha veintiocho de febrero de dos mil, dictada en autos núm. 51/00, seguidos a instancia de don A.H.T. contra la empresa recurrente, -sobre despido-, confirmando íntegramente la resolución recurrida. Se imponen

las costas del recurso a la empresa recurrente en la que se incluirán los honorarios del letrado de la parte impugnante en cuantía de 25.00

## **2979 RECURSO N° 2.271/00**

S.S.

**DESPEDIMENTO OBXECTIVO IMPROCEDENTE, Ó NON CONCORRER CAUSA ECONÓMICA XUSTIFICANTE.**

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

A Coruña, a doce de junio 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. 2.271/00 interpuesto por doña E.F.M. 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 doña M.J.G.T. y otras en reclamación de despido siendo demandado “N.M.”, E.F.M. y “R.V.D., S.A.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 827.799 sentencia con fecha veintinueve de febrero de dos mil por el juzgado de referencia que estimó la demanda.

**SEGUNDO.-** Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “Primero.- Probado que las demandantes, M.J.G.T., R.R.P. y M.C.S.R., prestaron sus servicios como dependientes de comercio a la empresa “N.M.” de la que es titular E.F.M., en virtud de relación laboral indefinida, con la antigüedad y salarios siguientes: M.C.S.R. desde el día 1 de junio de 1980; 135.046 ptas/brutas mensuales, incluida la prorrata de pagas extras. M.J.G.T. desde el día 1 de noviembre de 1976; 141.581 ptas/brutas mensuales, incluida la prorrata de pagas extras./ Segundo.- Que con fecha 1 de septiembre de 1999 la empresa “N.M.”, envió comunicaciones de preaviso a las actoras, que se dan aquí por reproducidas, de que el día 30 de septiembre de 1999 se procedería al cierre de la empresa,

anunciándoles la extinción de sus contratos por causas objetivas y poniendo a su disposición 20 días de salario en concepto de indemnización por año trabajado: M.C.S.R. 1.548.000 ptas. M.J.G.T. 1.620.000 ptas. R.R.P. 1.620.000 ptas./ Tercero.- La empresa alegó que la extinción de la relación laboral se producía para la amortización de sus puestos de trabajo, siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 52.1.c), e) del E.T., en relación con el artículo 51.1 apartado 3./ Cuarto.- La codemandada E.F.M. abonó a las demandantes, en concepto de indemnización por extinción de las relaciones laborales respectivas, las cantidades siguientes: 1.620.000 ptas a M.C.S.; 1.620.000 ptas. a R.R., las que firmaron los correspondientes documentos de finiquito con fecha 30.09.99./ Quinto.- La empresa demandada “R.V.D., S.A.” fue constituida en escritura pública notarial otorgada el día 24.02.98 ante el notario de Verín, como resultado de la fusión de las sociedades mercantiles “M.C., S.A.” y “C.V., S.A.”; son socios de la sociedad “R.V.D., S.A.”, M.R.M.F., J.L.M.F., M.A.M.F., J.M.A. La sociedad mercantil “R.V., S.A.” tiene como objeto social: “A) la fabricación, compraventa, comercialización al por mayor y menor, exportación e importación de todo tipo de: Prendas para el vestido y tocado, corbatas y pañuelos y demás complementos del vestido. Bolsos, calzado, carteras, cinturones y artículos de marroquinería y sus complementos. Artículos de adorno del hogar, baño, bisutería, cosmética y perfumería. Material escritorio y papelería. Monturas y gafas. Muebles, objetos de decoración y ropa para el hogar. B) La creación de bocetos, diseños, marcas comerciales y patrones, su comercialización y uso. C) La explotación y montaje de gabinetes de prestación de servicios administrativos, de asesoramiento empresarial, contable , control de calidad, económico, homologación, gestión, gerencia, marketing, normalización, publicado y tecnología; así como la elaboración de estudios técnicos sobre estos aspectos, por sí o a través de desarrollo y mejora de nuevos productos, procesos de diseño, comercialización y distribución de las materias que constituyen su objeto social. C) La compraventa, misma y artículos a que se refieren los apartados anteriores; así como la compraventa y arriendo de inmuebles. F) La instalación, explotación y gestión de establecimientos comerciales y almacenes para el cumplimiento de su objeto social relacionados con los apartados anteriores. G) La convocatoria, desarrollo y explotación de cursos de formación y perfeccionamiento para personal propio y ajeno, referidos a lo que constituye materia de su objeto social. H) La participación en todo tipo de sociedades, de objeto análogo o similar, previo acuerdo de la Junta General y a tenor de ella Ley de Sociedades Anónimas. Su domicilio social es

c/... Sexto.- Con fecha 09.11.99 se celebró, SIN AVENENCIA, acto de conciliación ante el SMAC./ Séptimo.- Las demandantes no ostentan cargo sindical alguno.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que estimando la demanda formulada por M.J.G.T., R.R.P. y M.C.S.R. contra “E.F.M.”, debo declarar y declaro la improcedencia del despido de las actoras realizado por la demandada con efectos de 30.09.99 y, en consecuencia, debo condenar y condeno a la demandada, a estar y pasar por tal declaración y a que, a su opción y en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente sentencia, readmita a las demandantes en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido o que les indemnice en las cantidades siguientes: a M.J.G.T. en 4.865.289 ptas; a R.R.P. en 4.865.289 ptas. y a M.C.S.R. en 3.915.870 ptas, con abono en ambos casos de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente sentencia, a razón de 4719 ptas/día M.J.G. y R.R. y 4501 ptas/día M.C.S.; pudiendo la demandada descontar las cantidades ya abonadas a las actoras en las cuantías que figuran en el hecho probado cuarto de esta resolución.”

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

### **Fundamentos De Derecho**

PRIMERO.- Contra la sentencia de instancia, que estimando la demanda formulada por M.J.G.T., R.R.P. y M.C.S.R. contra E.F.M., declaró la improcedencia del despido de las actoras realizado por la demandada con efectos de 30.09.99 y en consecuencia, condenó a la referida demandada a estar y pasar por tal declaración y a que, a su opción y en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente sentencia, readmita a las demandantes en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido o que les indemnice en las cantidades siguientes: a M.J.G.T. en 4.865.289 pesetas; a R.R.P. en 4.865.289 pesetas y a M.C.S.R. en 3.915.870 pesetas, con abono en ambos casos de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente sentencia, a razón de 4.719 pesetas/día para M.J.G. y R.R. y 4.501 pesetas/día para M.C.S., pudiendo la demandada descontar las cantidades ya abonadas a las actoras en las cuantías que figuran en el hecho probado cuarto de dicha resolución, se alza la demandada E.F.M. solicitando, en el suplico de su escrito de recurso, que se declare la procedencia de la medida adoptada por la recurrente y se conceda valor liberatorio de los finiquitos firmados por las

trabajadoras al no existir despido improcedente y absolviéndose a la recurrente de todas las pretensiones contenidas en la demanda.

SEGUNDO.- Como tiene declarado reiteradamente este tribunal, la flexibilización en el formalismo exigible para interponer el recurso de suplicación, no puede llevar a una impugnación abierta y libre, ya que ello atentaría contra la seguridad jurídica y situaría a la parte recurrida en manifiesta indefensión, siendo así que, a tenor de reiterada jurisprudencia – Sentencias del Tribunal Supremo de 03.11.89; 21.05.90; entre otras– “el recurso de suplicación, por su naturaleza extraordinaria, no permite una nueva valoración de la prueba practicada como si de una segunda instancia se tratara, ni la parte interesada puede conseguir modificar los hechos probados si no es por el cauce y con los requisitos legales exigidos por el artículo 190 (hoy 191.b)) Ley de Procedimiento Laboral y ello siempre que las pruebas documentales y periciales practicadas pongan de manifiesto un error inequívoco y evidente del juzgador, es decir, que se desprenda de un modo claro y concluyente sin necesidad de acudir a conjeturas o hipótesis más o menos razonables o lógicas”, sin que pueda desdeñarse el hecho de que tampoco es admisible que la parte intente sustituir con su interesado parecer el siempre más objetivo criterio del juzgador.

TERCERO.- En el supuesto que nos ocupa, como motivo I de su recurso, la demandada pretende, con amparo procesal en el artículo 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral, que por este tribunal se proceda a “revisar los hechos declarados probados a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas” y con base en el apartado c) del mismo precepto al objeto de “examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia”, y acto seguido establece literalmente que “en consecuencia y en base a las letras c) y d) de dicho artículo 191 de Ley de Procedimiento Laboral se propone la modificación del hecho probado cuarto de la sentencia para la incorporación del siguiente: “CUARTO: La codemandada E.F.M. abonó a las demandantes en concepto de indemnización por extinción de las relaciones laborales respectivas, las cantidades siguientes: 1.620.000 pesetas a M.J.G.T.; 1.548.000 pesetas a M.C.S. y 1.620.000 pesetas a R.R., las que firmaron los correspondientes recibos de finiquito con fecha 30.09.99, debiendo considerarse liberatorio dicho recibo teniendo en cuenta que con fecha 01.09.99 la empresa abonó a las actoras las indemnizaciones correspondientes a las indemnizaciones pactadas como consecuencia del despido objetivo, y transcurriendo un mes desde la comunicación extintiva de la relación laboral por causas económicas, por lo que eran conocedoras de la extinción de sus contratos”. La poco afortunada invocación de los apartados c) y

d) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, aquel porque está previsto para “examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia” y el d) porque, sencillamente, no está contemplado en el invocado precepto, sería cuestión de índole menor, por constituir un mero error o lapsus involuntario, si no fuera porque la pretendida modificación del ordinal cuarto no descansa en la necesaria e ineludible prueba documental y/o pericial que sirviese de válida apoyatura, para, en su caso, acceder a la revisión del relato histórico de la sentencia de instancia, pues hace referencia la recurrente a la confesión judicial de las actoras, prueba inhábil a tal efecto, así como una genérica invocación a la prueba documental y pericial - siendo así que ésta última no solo no se practicó, sino que ni siquiera fue propuesta en el acto del juicio por parte alguna, por más que inveterada jurisprudencia, de ociosa cita, viene estableciendo que no es suficiente la mera invocación genérica a la documental, debiendo la parte que pretenda la revisión especificar que documento o documentos en concreto sean los que invoca en apoyo de sus pretensiones - excepción hecha de la contenida en los folios 79,80 y 81, donde se plasman los recibos de finiquito suscritos por las actoras en fecha 30.09.99, y los folios 60 a 79, sin especificar, donde se incorporan diversos tc2 y nóminas de las actoras, documentos éstos que, de modo directo, no avalan el texto alternativo propuesto antes referido, sin que pueda soslayarse que en el párrafo final del texto alternativo -que en realidad constituye la parte novedosa del mismo, pues en lo demás coincide con lo establecido en el ordinal cuarto de los que integran la sentencia de instancia- más que reflejar datos objetivos que evidenciasen el error del Juez “a quo” en la valoración de los elementos de prueba llevados a cabo en autos, lo que hace es efectuar valoraciones y pretender la incorporación al relato fáctico de los criterios y razonamientos de la propia parte recurrente en relación con el alcance que, a su juicio, debe otorgársele a los documentos de fecha 30.09.99 antes referidos, para, a continuación analizar lo que, en su opinión, constituye una desafortunada actuación del Instituto Nacional de Empleo al denegar a las actoras la prestación de desempleo lo que, como antes se dijo, no es viable en sede de revisión de los hechos probados, sin perjuicio de lo que se establezca en el terreno de lo jurídico, a tenor de la especial naturaleza y características del recurso de suplicación. Debe, pues, permanecer inalterado el hecho probado cuarto de la sentencia de instancia donde se expresa que: “La codemandada E.F.M. abonó a las demandantes en concepto de indemnización por extinción de las relaciones laborales respectivas, las cantidades siguientes: 1.620.000 pesetas a M.J.G.; 1.548.000 pesetas a M.C.S.; 1.620.000

pesetas a R.R., las que firmaron los correspondientes documentos de finiquito con fecha 30.09.99”.

CUARTO.- Constituyendo el punto II del recurso reitera la solicitud de que se modifique el hecho cuarto de la sentencia de instancia, alegando que “se ha infringido o aplicado incorrectamente una norma legal como es la Ley General de la Seguridad Social ya que en base a la misma se ha dado por buena la resolución del Instituto Nacional de Empleo denegatoria de las prestaciones por desempleo”. Realmente lo que sostiene la parte recurrente es que la sentencia de instancia no ha acertado al establecer la existencia de despido improcedente, en base a la alegación de que la resolución del Instituto Nacional de Empleo no se ajustó a derecho, cuando lo que constituye el objeto de la presente controversia no es determinar el acierto de dicho organismo al emitir la resolución denegatoria de la prestación de desempleo instada por las actoras sino la consideración de si concurren o no las circunstancias exigibles a los efectos de la viabilidad de un despido por causas objetivas, siendo así que, de lo actuado no se desprende que el substrato fáctico reflejado en autos ponga de relieve una situación susceptible de ser incardinada en el ámbito de la extinción del contrato por causas objetivas a que se contrae el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores, y en concreto la contemplada en el párrafo c) de dicho precepto, donde se establece la posibilidad de que el contrato se extinga cuando exista la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo por alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores y en número inferior al establecido en el mismo, imponiendo al empresario la carga de acreditar la decisión extintiva en causas económicas, con el fin de contribuir a la superación de situaciones económicas negativas, o en causas técnicas, organizativas o de producción para superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos, sin que nada de ello se haya argumentado por la empresa en su pretensión de desvincularse laboralmente de las actoras, pues en las respectivas misivas que remitió a aquellas con fecha 01.09.99 se hace mención a que “con fecha 30.09.99 se procederá al cierre de la empresa... por causa de la próxima demolición del inmueble en el que esta empresa tenía su domicilio implicando una cesación total en la actividad de la empresa”, así como que “para la amortización de su puesto de trabajo se sigue el procedimiento establecido en el artículo 52.1.c) del Estatuto de los Trabajadores en relación con el artículo 51.1.3”, sin que se haya puesto de manifiesto la concurrencia de la causa invocada por la

mercantil ahora recurrente, debiendo destacarse que la citada norma tiene por objeto, en esencia, la consecución de un estado de cosas que superando dificultades derivadas de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción permitan encarar el futuro de la empresa en condiciones de buen funcionamiento, mejorando su posición competitiva en el mercado a través de una mejor organización de los recursos; es decir, las medidas contempladas en los preceptos “ut supra” mencionados tienden a “superar una situación económica negativa de la empresa o a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos”, no estando constatada la concurrencia de tales circunstancias y sin que pueda olvidarse que, después de invocar el cierre de la empresa y el cese total en la actividad, la empresa no tiene reparo en aseverar, así en el escrito por el que opta por la readmisión, a fin de que se reincorporen al lugar “donde se encuentra actualmente su centro de trabajo “C.M.”, como en el propio escrito de recurso en el que refleja la circunstancia de la readmisión en el nuevo centro de trabajo, que no se produjo la extinción de la personalidad jurídica de la empresa, de manera que, no acreditada la existencia de una situación de las contempladas en el artículo 52.1.c) en relación con el 51.1.3, la decisión judicial de instancia de considerar la situación de las actoras como constitutiva de despido improcedente se revela acertada, siendo de destacar que, aún en la consideración de que la causa última del ejercicio de la acción de despido llevada a cabo por las demandantes tuviese cierta ligazón con el hecho de que por el organismo competente se denegase la prestación de desempleo al considerar el Instituto Nacional de Empleo que “el cese en la relación laboral se produjo por la extinción de la personalidad jurídica de la empresa (cese de la actividad), sin que la misma haya sido autorizada por un expediente de regulación de empleo por resolución de la autoridad laboral” - folio 38 - no puede olvidarse que tanto en la demanda - hecho décimo - como en el escrito de impugnación del recurso, hace referencia la parte actora a la inexistencia de motivos o circunstancias que fundamentaran la extinción de los contratos por causas objetivas previstas en el artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores, lo que, según su tesis, habría producido vicio en el consentimiento que determinaría la falta de valor liberatorio de los finiquitos, siendo así que conforme a inveterada doctrina jurisprudencial, el recibo de finiquito no es un medio autónomo de extinción de las obligaciones que operen con independencia de los reconocidos en el Código Civil, ni se rige por principios distintos del espiritualista que preside nuestro derecho, y por ello, únicamente tiene efectos liberatorios cuando es expresión de

un consentimiento libre y no afecto de ninguno de los vicios que lo invaliden, y por tanto no puede admitirse que siempre que medie la aceptación de una liquidación, se produzca la extinción liberatoria de una relación laboral, no constituyendo medio autónomo de extinción del contrato de trabajo sino la constatación de que las partes consensuan la extinción, siendo así que en el presente caso, la manifestación de ser adecuada a derecho la notificación de la empresa por la que se comunicó a las actoras la extinción del contrato, descansaba en la creencia errónea de que no sólo accederían al desempleo sino en la viabilidad de la causa invocada para justificar la medida empresarial de forma que el hecho de no haberseles reconocido a las trabajadoras las prestaciones de desempleo, determina la ineficacia de la convención plasmada en el finiquito, con independencia del acierto o desacuerdo de la gestora al denegar la prestación solicitada, al considerar que lo realmente acaecido era la extinción de la personalidad jurídica de la empresa, por cierre de la misma, sin que pueda olvidarse que, siendo una relación laboral indefinida, que se prolongaba desde los años 1976, en el caso de las Sras. G. y R. y desde 1980, la Sra. S., la que ligaba a las actoras y a la empresa, no se revela lógico que si tuviesen previo conocimiento de la inexistencia de causa y de la denegación de la prestación de desempleo, hubiesen accedido a suscribir los documentos de finiquito antes referidos.

QUINTO.- En el punto III del recurso, la demandada recurrente, con amparo procesal en el artículo 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral, solicita que se proceda a “examinar las infracciones de normas sustantivas y de la Jurisprudencia”, y propone la adición de un hecho probado octavo que “señale la procedencia del despido objetivo de las trabajadoras, al haber quedado acreditado la existencia del derribo del edificio, teniendo una plantilla de tres trabajadoras y en consecuencia el cierre de la empresa sin existir la obligación legal de acudir a ningún expediente de regulación de empleo, sino que la vía correcta y ajustada a derecho es la del despido objetivo que fue la que utilizó la empresa demandada”. Por más que no invoca ni la norma procesal correcta a efectos de la revisión, que sería el párrafo b) del artículo 191 Ley de Procedimiento Laboral y no el c) a que se refiere, tampoco se apoya en prueba hábil, necesariamente documental y/o pericial que demostrando la existencia de error del juzgador de instancia en la valoración e interpretación de los medios de prueba llevados a cabo en autos, lo que determina la desestimación de la pretensión revisoria del relato histórico auspiciada por la recurrente, es lo cierto que ésta en el meritado punto III, vuelve a insistir en el valor liberatorio de los finiquitos, cuestión ya mencionada en el

punto II y sobre la que nos hemos pronunciado “ut supra”, argumentando, en otro orden de cosas, que la decisión empresarial de extinguir los contratos vino exigida por el derribo del edificio y en consecuencia el cierre de la empresa, sin que fuese menester la obligación de acudir a un expediente de regulación de empleo al tener una plantilla de tres trabajadoras, invocando una sentencia del Tribunal Supremo de 08.03.99 en la que se cita otra del mismo alto tribunal de 14.06.96 donde se señalaba que “el segundo elemento del supuesto de despido por motivos económicos que se describe en los artículos 51.1 Estatuto de los Trabajadores y 52.c) Estatuto de los Trabajadores es la amortización de uno o varios puestos de trabajo. Esta medida de empleo puede consistir en la reducción con carácter permanente del número de trabajadores que componen la plantilla de la empresa, y puede consistir, asimismo, en la suspensión de la totalidad de la plantilla bien por clausura o cierre de la explotación, bien por mantenimiento en vida de la misma pero sin trabajadores asalariados a su servicio”, añadiendo que, en orden a la conexión funcional entre la causa económica y el cierre de la explotación, “entre la supresión total de la plantilla de la empresa y la situación negativa de la empresa consiste en que aquella amortigua o acota el alcance de esta. La empresa se considera inviable o carente de futuro y para evitar la prolongación de una situación de pérdidas o resultados negativos de explotación se toma la decisión de despedir a los trabajadores con las indemnizaciones correspondientes”, concluyendo en que “la extinción por causas objetivas, sea plural o sea colectiva es el único medio viable en la legislación para dar fin a una explotación que se estima ruinosa y cuya permanencia en el mercado no es posible”, y que “las extinciones estarían o no justificadas en función de la concurrencia de las causas económicas determinantes del cierre”, situación diferente a la contemplada en el caso que nos ocupa, pues no se hizo por la empresa demandada, ahora recurrente, mención alguna de la existencia de causas económicas aludiendo al cierre de la empresa por derribo del edificio que constituía su base física, llegando incluso a aseverar que la personalidad jurídica de la empresa no se extinguía ya que de hecho una vez dictada la sentencia de instancia la empresa demandada ha optado por la readmisión de las trabajadoras en otro centro de trabajo establecido al efecto y en este momento las actoras se encuentran trabajando, lo que constituye una paladina manifestación de que no se produjo el cierre de la empresa invocado en la comunicación dirigida a las actoras y mucho menos se demostró la concurrencia de causas económicas que justificasen aquél.

**SEXTO.-** En consecuencia, procede la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia de instancia.

### **Fallamos**

Desestimando el recurso de suplicación articulado por E.F.M. contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Ourense de fecha 29 de febrero de 2000, en autos nº 827/99 sobre despido, confirmamos la resolución de instancia, imponiendo a la recurrente el pago de las costas del recurso incluidos los honorarios del letrado de la parte actora impugnante del recurso en la cantidad de 25.000 pesetas

## **2980 RECURSO N° 1.154/97**

S.S.

**DETERMINACIÓN DE  
RESPONSABILIDADES, E RESPONSABLES,  
POR DESCUBERTOS DE COTIZACIÓN, NO  
CASO DE INCAPACIDADE TEMPORAL  
DERIVADA DE ACCIDENTE DE  
TRABALLO.**

Ponente: Ilmo. Sr. Don Ricardo Ron Curiel

A Coruña, a quince de junio 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. 1.154/97 interpuesto por M.G.A.T. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. tres de A Coruña.

### **Antecedentes de hecho**

**PRIMERO.-** Que según consta en autos se presentó demanda por M.G.A.T. en reclamación de otros extremos, siendo demandada la Tesorería General de la Seguridad Social, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, el Servicio Galego de Saúde, don J.P.G. y la empresa “D., S.A.”, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 493/96 sentencia con fecha 5 de diciembre de 1996, por el juzgado de referencia que estimó la demanda.

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

“**PRIMERO.-** El trabajador demandado, don

J.P.G., venía prestando servicios para la empresa “D., S.A.” desde el 20.10.90, con la categoría de especialista de tercera, y una base reguladora diaria de 4.026 ptas., sufriendo un accidente de trabajo el día 22.10.92, con lesiones de fractura de húmero tercio superior, fractura de húmero tercio superior, fractura de arteria humeral (nivel axilar) y sección de nervio cubital.- SEGUNDO.- La empresa tenía cubierto el riesgo de accidentes con la demandante M.G.A.T., si bien estaba al descubierto en el pago de sus cotizaciones desde octubre de 1989.- TERCERO.- La Mutua abonó al actor la cantidad de 865.334 ptas. en concepto de prestación de invalidez provisional desde el 22 de abril de 1992 a 31 de enero de 1993.- Igualmente corrió con los gastos de hospitalización y asistencia sanitaria que ascendieron a la cantidad de 5.658.614 ptas.- CUARTO.- Por el INSS se resuelve en fecha 22.02.93 declarar al trabajador afecto de invalidez permanente total para la profesión habitual, derivada de accidente de trabajo con derecho al percibo de la pensión correspondiente, en la cuantía de 808.223 ptas., en razón a una base reguladora de 1.469.496 ptas. y efectos 1.293, determinando como responsable a la empresa “D., S.A.” por encontrarse al descubierto en el pago de sus cotizaciones.- QUINTO.- La empresa citada está en paradero desconocido, pero no consta que haya sido declarada insolvente”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que estimando la demanda formulada por la M.G.A.T., Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social nº 201 declaro a la empresa “D., S.A.” como responsable directa y única del abono de la prestación de invalidez provisional en cuantía de 865.334 ptas. reconocida al trabajador don J.P.G. derivada de accidente de trabajo, así como de la cantidad de 5.658.614 ptas., en concepto de gastos de asistencia médica hospitalaria, condenando a dicha empresa a reintegrarse las cantidades citadas a la mutua”.- Absuelvo de la demanda al INSS y TESORERIA en tanto la empresa no sea declarada insolvente”.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, no siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este tribunal, se dispuso el paso de los mismos al ponente.

#### **Fundamentos De Derecho**

ÚNICO.- Frente a la sentencia de instancia que, estimando la demanda, condena a la empresa codemandada, “D., S.A.” a reintegrar a la demandante, M.G.A.T., el abono de la prestación de invalidez provisional, reconocida al trabajador, también demandado, don J.P.G., en la cuantía de ochocientas sesenta y cinco mil trescientas treinta

y cuatro pesetas, así como de la cantidad de cinco millones seiscientas cincuenta y ocho mil seiscientas catorce pesetas, en concepto de gastos de asistencia médica hospitalaria, y absolvío de la demanda a los, así bien, demandados, Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social, interpone recurso la representación procesal de la Mutua Patronal demandante, construyéndolo a través de un solo motivo de suplicación, en el que, al amparo del art. 191, letra c), de la Ley de Procedimiento Laboral, denuncia infracción, por violación e interpretación errónea del art., 126.2 y 3 del vigente Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con los arts. 94.2.b) y 94.4 de la Ley de Seguridad Social de 1966, vigente, en este particular, con carácter reglamentario; así como infracción de la jurisprudencia contenida en numerosas sentencias del Supremo que cita, desde la de 8 de julio de 1991 hasta la de 29 de noviembre de 1996, y de esta Sala, entre otras, las de 16 de febrero y 29 de noviembre de 1996; por estimar, esencialmente, a través de una prolífica argumentación, con transcripción fragmentaria de algunas de las sentencias que invoca, que declarada la responsabilidad directa empresarial en el abono de las prestaciones, por incumplimiento de sus obligaciones en materia de Seguridad Social, es clara la subrogación de la recurrente que ha anticipado las prestaciones, en los derechos y acciones del beneficiario, y producida la subrogación, la mutua tiene acción contra el Fondo de Garantía para solicitar el reintegro de lo que hubiera anticipado, por lo que el INSS debió ser condenado en la sentencia recurrida, como Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo, para el caso de insolvencia de la empresa, así como la Tesorería General de la Seguridad Social. La única cuestión que se plantea en el recurso es la de si el resolución recurrida debe contener un pronunciamiento de condena, además del de la empresa, como responsable directa -éste ya se hace en la sentencia recurrida-, subsidiario, para el supuesto de insolvencia de la empresa, del Instituto Nacional de la Seguridad Social y de la Tesorería General de la Seguridad Social, como sostiene la parte recurrente, o si, por el contrario, procede la absolución de dichos organismos, en tanto la empresa no sea declarada insolvente, como se proclama en la sentencia combatida. El dilema debe resolverse en favor de la tesis que propugna la Mutua Patronal recurrente, ya que si la responsabilidad empresarial que en la sentencia se proclama, por haber incumplido la empresa condenada sus obligaciones en materia de Seguridad Social respecto a su trabajador don J.P.G., que sufrió un accidente de trabajo, por estar al descubierto en el pago de las cotizaciones; este incumplimiento, en aplicación de la normativa y jurisprudencia que por la recurrente

se invocan como infringidas, determina que a la empleadora le sea imputada la responsabilidad directa en el pago de las prestaciones - concretadas en el fallo de la sentencia suplicada-, viniendo obligada la Mutua Patronal al anticipo de las prestaciones al beneficiario, sin perjuicio de su derecho de repetir con aquélla, y, ante su insolvencia, está facultada para hacerlo contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, como sucesores del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo y Servicio de Reaseguro. Procediendo, por ello, dar acogida a la censura que en el recurso se hace y, con estimación de éste, revocar la sentencia recurrida, en cuanto absuelve a los nombrados organismos, declarando la responsabilidad subsidiaria de los mismos para el supuesto de insolvencia de la empleadora. En consecuencia,

#### **Fallamos**

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal de la M.G.A.T., contra la sentencia de fecha cinco de diciembre de mil novecientos noventa y seis, dictada por el Juzgado de lo Social número tres de A Coruña, en proceso promovido por la recurrente frente a la empresa "D., S.A.", don J.P.G., el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social y el Servicio Galego de Saúde, debemos revocar y revocamos parcialmente la misma, en el sentido de declarar responsables subsidiarios de las prestaciones reconocidas, para el supuesto de insolvencia de la empresa condenada, al Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, confirmando los restantes pronunciamientos del fallo suplicado. Hágase devolución a la recurrente del depósito necesario que ha constituido para recurrir.

**2981 RECURSO N° 2.515/00**

S. S.

**DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE POR EXTINCIÓN DE CONTRATO FRAUDULENTO DE OBRA OU SERVICIO DETERMINADOS.**

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

A Coruña, a quince de junio 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. 2.515/00 interpuesto por UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Dos de Santiago.

#### **Antecedentes de hecho**

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don J.V.P. en reclamación de DESPIDO siendo demandado UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 101/00 sentencia con fecha veintitrés de marzo de dos mil por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- El demandante, mayor de edad, prestó sus servicios por cuenta de la Universidad de Compostela desarrollando las funciones propias de la categoría profesional de Pintor con una antigüedad que databa del 25 de noviembre de 1996 y percibiendo un salario mensual de ciento ochenta y cuatro mil setecientas ochenta y ocho pesetas (184.788 ptas.) con inclusión de la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

SEGUNDO.- El demandante se encontraba unido a la Universidad de Santiago mediante contrato de trabajo de duración determinada suscrito el 25 de noviembre de 1996 para obra o servicio determinado, al amparo del Real Decreto 2.546/1994, de 29 de diciembre, y cuyo objeto era el mantenimiento y reformas en las Facultades de Filosofía, Xornalismo, Económicas, Químicas, Colegio Mayor "Rodríguez Cadarso" y la Residencia Universitaria "Monte da Condesa", contrato que expiraría una vez realizada la precitada obra o servicio. TERCERO.- Sin embargo de lo anterior, la Universidad -que sólo tiene contratado un Pintor como personal laboral fijo- contrató a cuatro pintores y un carpintero en la mencionada fecha, quienes prestaron sus servicios no sólo en el pintado, la reforma y el mantenimiento de las antedichas Facultades sino también en las de Física, Derecho, Óptica, Matemáticas, Enfermería, Psicología, Farmacia, en el Rectorado y en la "Casa de la Balconada".

CUARTO.- En fecha 26 de noviembre de 1999, la Gerencia de la Universidad remitió comunicado al actor en cuya virtud se le exponía que, en cumplimiento de la normativa laboral vigente, causaría baja el 31 de diciembre de 1999, extinguéndose en esa fecha la relación laboral.

**QUINTO:-** A fecha 31 de diciembre de 1999, las labores mencionadas de pintado, reforma y mantenimiento de las distintas facultades y Edificios universitarios no se habían concluido quedando cuando menos para un año de trabajo pendiente. **SEXTO.-** Que el actor no ostenta ni ha ostentado en el año anterior la cualidad de representante legal o sindical de los trabajadores. **SÉPTIMO.-** Que mediante Resolución de fecha 2 de febrero de 2000, se desestimó la reclamación previa planteada por la parte actora”.

**TERCERO.-** Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “**FALLO:** Que estimando como estimo la demanda promovida por don J.V.P. frente a la UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA, debo declarar y declaro la improcedencia del despido de que fue objeto el actor y condeno a dicha Universidad a estar y pasar por esta declaración y a que opte entre la readmisión del trabajador demandante en su puesto de trabajo o el abono de la cantidad de ochocientas cincuenta y ocho mil novecientas cuarenta pesetas (858.940 ptas.) en concepto de indemnización, opción que deberá ejercitar en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente Sentencia, mediante escrito o comparecencia ante este Juzgado, advirtiéndole que de no realizarla se entenderá que procede la primera, con abono en ambos casos de la cantidad de quinientas once mil doscientas ochenta pesetas (511.280 ptas.) en concepto de salarios de tramitación, y a un haber diario de seis mil ciento sesenta pesetas (6.160 ptas.) desde la fecha hasta que se notifique la presente Resolución”.

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

#### **Fundamentos de derecho**

**PRIMERO.-** Recurre la Universidad de Santiago en solicitud de la revocación de la sentencia de Instancia, que declara la improcedencia del despido del actor, y de la desestimación de la demanda, a cuyo efecto y al amparo del art. 191.b) y c) LPL interesa la revisión de los H.P. y denuncia la infracción del art. 55.4 en relación con el art. 49.1.c) E.T., con cita también del R.D. 2.546/94, arts. 2.2.a) y b) y 8.

**SEGUNDO.-** Interesa el recurso, en primer lugar, la supresión del H.P. 3º y que pase a declarar lo literal siguiente: “La Universidad que tiene contratado a un pintor como personal laboral fijo contrató el 25.nov.96 al actor, a otros tres pintores y un carpintero para la realización de trabajos

excepcionales de pintado, mantenimiento y reformas en las facultades de Xornalismo, Económicas, Químicas, Colegio Mayor Rodríguez Cadarso y la R.U. Monte da Condesa, mediante la suscripción de contratos para obra o servicio determinado”.

Invoca la parte al efecto los “documentos obrantes en los folios 47 y 53”. Y a tales folios lo que obra es lo siguiente: una certificación del Secretario General de la Universidad dando una relación del personal laboral fijo en el período del 25.11.96 al 31.12.99 “destinados en la Oficina de Arquitectura y Urbanismo y en la Oficina de Gestión de Infraestructuras”; y una comunicación fechada el 27.10.97 del Gerente de la Universidad pidiendo a los encargados de mantenimiento que informasen a la Gerencia sobre el estado de los trabajos en las Facultades para las que decía habían sido contratados el actor y otros cuatro trabajadores.

Esta documental, al margen de que proceda de la propia demandada, en sí misma no es apta para modificar la valoración integral que de la prueba ha hecho el Juzgador de Instancia, en función de las facultades que le reconoce el art. 97.2 de la LPL, y que le llevó a declarar en el H.P. 3º que la Universidad había contratado a 4 pintores –con el actor- y un carpintero, los que prestaron sus servicios no sólo en las Facultades que dejó dichas en el H.P. 2º (no impugnado en el recurso), sino también en las de Física, Derecho, Óptica, Matemáticas, Enfermería, Psicología, Farmacia, en el Rectorado y en la “Casa de la Balconada”; siendo la supresión de esto último el sentido esencial de la revisión que se insta, puesto que la redacción que del H.P. 3º propone no lo recoge y el contenido de este texto revisor está ya explicitado suficientemente en los H.P. 1º, 2º y 3º de la sentencia de Instancia.

En su Fundamento Jurídico 2º, la sentencia recurrida explica que “los testigos propuestos por la parte demandante, precisamente compañeros de trabajo del actor, pusieron de manifiesto de forma indubitable que, en primer lugar, los trabajos para los que había sido contratado el actor no se correspondían con los realmente efectuados por éste dado que, además de las dependencias señaladas en el contrato de duración determinada, se trabaja en distintos edificios y facultades...”; y efectivamente, en el acto de Juicio (folio 16) aparecen declarando dos testigos en el sentido dicho (“estuvieron trabajando en muchas Facultades...”; “fue compañero desde el 96 con el actor en Medicina, Matemáticas, Enfermería, Farmacia, Archivo, Rectoral, Balconada, El Burgo y en más sitios...”). De este modo, la revisión resulta inacogible de todo punto, pues la documental que al efecto se invoca en el recurso

no permite suprimir o modificar el HDP 3º de la sentencia recurrida, en absoluto desvirtuando la prueba en que aparece fundado el contenido de este H.P. y que el Juzgador ha valorado en uso de sus facultades legales al efecto y sin error acreditado alguno (a mayo abundamiento, la testifical es prueba a valorar legalmente en función de la inmediación y no admite tachas, sólo lo previsto en el art. 92.2 de la LPL).

En definitiva, se mantiene en sus propios términos el H.D.P. 3º. Incluso en el propio recurso se llega a reconocer que el actor ha prestado servicios en otros centros de la Universidad diversos de los establecidos en el contrato (“...ya que lo que ha ocurrido en el caso de autos es que el trabajador ha prestado sus servicios en otros centros de la universidad que hubieren permitido perfectamente la formalización de un contrato temporal de esa naturaleza, pero que por las circunstancias que fueran no ha sido debidamente identificada en el contrato...”).

**TERCERO.-** Asimismo pide la parte al amparo del art. 191.b) LPL se adicione, (después del HDP 4º), lo siguiente: “Los testigos propuestos por la parte actora, don A.R.P. y don S.V.M., en fecha 25.nov.96 subscribieron con la USC contratos para obra o servicio determinado en idénticos términos que el actor. Don S.V.M. ha presentado demanda sobre despido contra la USC”.

Esta revisión se funda, textualmente, en lo siguiente: “La procedencia del motivo deviene por ser hechos asumidos por los testigos propuestos por la parte actora como refleja el acta del Juicio, obrante en el Folio 16”.

Como en anteriores ocasiones ha tenido oportunidad de expresar este propio Tribunal, a tenor de la naturaleza extraordinaria del recurso de Suplicación no deviene factible llevar a cabo en este trámite una valoración nueva de los elementos de prueba de autos, de manera que el hipotético error de hecho que pudiese dar lugar a la revisión del relato histórico ha de resultar, necesariamente, de documento o pericia que, de forma directa y evidente, ponga de manifiesto la equivocación que la parte recurrente atribuya al Juzgador, quien tiene atribuidas por Ley las facultades de valoración e interpretación de la prueba como resulta de lo establecido en los art. 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral y 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que es indispensable, para que prosperen las pretensiones revisorias de la parte, que la modificación tenga amparo en prueba hábil – documental y/o pericial- que, inconclusa o inequívocamente, pongan de relieve el error de valoración por parte del Juez de instancia, sin que

sea dado a la parte substituir el objetivo criterio de aquel por sus propios razonamientos sin duda interesados y subjetivos, por obvias razones.

Consecuentemente, la revisión a examen, además de que parte de su contenido está realmente explicitado a través del H.P. 3º en relación con el Fundamento Jurídico 2º y ser en todo caso intrascendente en sí misma a los efectos de la resolución del litigio (el art. 92 LPL proscribe la tacha de testigos), resulta inviable en su propio planteamiento, puesto que se funda en prueba testifical, que es inapta para revisar de conformidad con los arts. 191.b) y 194 LPL y sin que en tales casos, y por ello, el acta de Juicio constituya documento potencialmente revisor sino un mero medio de constatación de la práctica de la prueba testifical y sus resultados.

**CUARTO.-** Por último, interesa el recurso la supresión del HDP 5º y quede redactado del modo siguiente: “A fecha 31.dic.99 las labores mencionadas de pintado, reforma y mantenimiento de las facultades y edificios para las que fue contratado el actor finalizaron quedando el trabajo concluido”. Esta revisión la funda la parte en lo literal siguiente: “Se ha de estimar la revisión ya que es un hechos expresamente aceptado por el demandante y los testigos de la parte actora, como se desprende del acta del juicio, obrante en el folio 15”.

La revisión resulta inviable, máxime mantenidos en sus propios términos los HDP 2º y 3º y lo contenido con valor fáctico en el Fundamento Jurídico 2º de la sentencia de instancia: A) En primer lugar, porque reiterando lo argumentado en el Fundamento precedente, la prueba testifical y de confesión no es legalmente apta para revisar los HDP vía Suplicación (arts. 91 y 194 LPL), y el acta de Juicio, en cuanto refleja la práctica de tales pruebas y sus resultados, no es documento potencialmente revisor. Y B) Además, lo que refleja el acta de Juicio sobre las manifestaciones de actor y testigos no es el “reconocimiento” de lo que se dice en el texto revisor que propone el recurso; como así lo pone de relieve el Juzgador de Instancia incluso en el Fundamento Jurídico 2º de la Sentencia recurrida, siendo a tal Juzgador a quien incumbe valorar la testifical y sus resultados en virtud de la inmediación y sin admitirse tachas (arts. 92 y 97.2 LPL). Precisamente, en el acta de Juicio (F.15 y 16) el actor aparece manifestando en confesión que “las obras de mantenimiento y reforma no fueron acabadas pues en Monte da Condesa... Aparte de los otros del contrato estuvieron en Matemáticas... Farmacia estaba también sin acabar. Trabajo para unos 6 o 7 meses”; y los dos testigos que depusieron se expresaron en

similares términos (“...las obras no se acabaron, pues queda Farmacia...”).

QUINTO.- La infracción normativa que denuncia el recurso al amparo del art. 191.c) LPL ha de ser valorada en el contexto siguiente, que resulta de los HDP: A) El actor vino prestando servicios para la Universidad demandada desde 25.11.96, como pintor y con el salario mes que se recoge en el H.P. 1º; y ello por virtud (H.P. 2º) de un contrato de trabajo para obra o servicio determinado suscrito en la fecha dicha al amparo del R.D. 2.546/94 y cuyo objeto era “el mantenimiento y reformas en las Facultades de Filosofía, Xornalismo, Económicas, Químicas, Colegio Mayor Rodríguez Cadarso y la Residencia Universitaria Monte da Condesa, contrato que expiraría una vez realizada la precitada obra o servicio”. B) Sin embargo, el actor y otros pintores y un carpintero también contratados en la misma fecha prestaron sus servicios (H.P. 3º) “no sólo en el pintado, la reforma y el mantenimiento de las antedichas Facultades sino también en las de Física, Derecho, Óptica, Matemáticas, Enfermería, Psicología, Farmacia, en el Rectorado y en la Casa de la Balconada”. En el propio Fundamento Jurídico 2º, la sentencia recurrida, también con su oportuno valor de H.P., dice que los testigos, compañeros de trabajo del actor, pusieron de manifiesto “que, en primer lugar, los trabajos para los que había sido contratado el actor no se correspondían con los realmente efectuados por éste dado que, además de las dependencias señaladas en el contrato... se trabaja en distintos edificios y facultades...” (incluso en el recurso – como antes se indicó- se llega a decir en determinado momento: “...ya que lo que ha ocurrido en el caso de autos es que el trabajador ha prestado sus servicios en otros Centros de la Universidad que hubieren permitido...”). C) En fecha 26.11.99, la Universidad comunicó al actor que causaría baja, extinguiéndose la relación laboral, el 31.12.99 (H.P. 4º). Y D) A 31.12.99 (H.P. 5º) “las labores mencionadas de pintado, reforma y mantenimiento de las distintas Facultades y Edificios Universitarios no se habían concluido quedando cuando menos para un año de trabajo pendiente”. En el propio Fundamento Jurídico 2º, la sentencia recurrida, también con su oportuno valor de H.P... dice: “...y, en segundo término, también destacaron los testigos que los trabajos no se han finalizado sino que resta por lo menos un año para poder finalizarlos...”.

De todo ello sólo cabe concluir la inviabilidad de la denuncia que formula el recurso, no cabiendo la alegación que en él se hace en el sentido de que “no es posible considerar despido improcedente lo que legalmente es calificado como extinción del contrato ya que como ha quedado acreditado

anteriormente, se ha terminado la obra contratada por la recurrente con el demandante”.

SEXTO.- El art. 2 del R.D. 2.546/94, a cuyo amparo y al del art. 15 E.T. fue suscrito el contrato de trabajo del actor, disponía que el contrato para obra o servicio determinado tiene por objeto la realización de una obra o un servicio determinado con autonomía y substancialidad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, es en principio de duración incierta, siendo obligada la especificación suficiente de la obra o servicio en el contrato. Su duración, pues, se presenta – normalmente- como un hecho incierto para las partes al momento de la firma del contrato. Y es que como decía la Sentencia del Tribunal Supremo de 28.12.93, la duración del contrato no viene determinada sino por la realización efectiva de la obra o servicio contratado; es decir, el contrato es temporal porque su extinción se basa en un hecho que ciertamente va a sobrevenir pero, sin embargo, es incierto en cuanto a la fijación exacta de tal ejecución.

De esta manera, el contrato para obra o servicio determinado queda necesariamente unido a la realización de los trabajos que propiciaron su nacimiento. Y se quebranta su naturaleza cuando los servicios se prestan no sólo para la obra en cuestión, sino para otras distintas y ajenas a la misma, si se destina al trabajador a diversas obras además de la pactada; máxime si ello ocurre coetáneamente, pues en tal caso ni siquiera se podría considerar la hipótesis de entender que se está ante sucesivos contratos de obra, sino que la consideración de la contratación habría de ser la indefinida dado que los servicios que se están prestando carecen de objeto identificado como obra o servicio determinado.

En el caso de autos, los HDP llevan a que en absoluto se pueda considerar que se esté en presencia del fin de contrato pretendido en el recurso, de tal manera que la baja laboral dada al actor en fecha 31.12.99 constituyó un despido, y un despido improcedente; como resolvió la sentencia de Instancia aplicando los arts. 55 y 56 del E.T. y demás preceptos oportunos.

Y es que, en primer término, el contrato de obra o servicio determinado concertado con el actor indicaba un concreto trabajo en unos especificados lugares; sin embargo tales trabajos no sólo los realizó el actor en los establecidos contractualmente sino en otros cualitativamente diversos, en Física, Derecho, Óptica..., evidenciándose en ello, y según lo que anteriormente se dejó razonado sobre este tipo de contratos, una vulneración de las previsiones del R.D. 2.546/94 (como también consideró el

Juzgador de Instancia) y la desnaturalización del contrato mismo y de su función, con la consecuencia que antes también se dejó indicada. Asimismo y en todo caso, los trabajos en los lugares citados no han finalizado, diciendo muy concretamente la sentencia recurrida en su Fundamento Jurídico 2º que “resta por lo menos un año para poder finalizarlos”, de manera que ni siquiera cabría admitir una extinción del contrato por efectiva realización de la obra o servicio.

En suma, la sentencia de Instancia ha hecho una correcta aplicación al caso del R.D. 2.546/94 y de los preceptos del E.T. que en el recurso se denuncian como infringidos, de tal manera que con rechazo del mismo, se confirma aquella resolución.

Proceden costas (art. 233 LPL).

#### **Fallamos**

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Santiago de fecha 23.03.2000 en autos nº 101/2000 seguidos a instancia de don J.V.P. frente al recurrente, confirmamos la sentencia recurrida. Se imponen al recurrente las costas del recurso, que comprenden la suma de 25.000 ptas. como honorarios del Letrado del actor, impugnante del recurso.

#### **2982 RECURSO N° 2.107/00**

S.S.

**DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE POR EXTINCIÓN ILÍCITA DE CONTRATO DE TRABALLO PARA A REALIZACIÓN DE SERVICIO DETERMINADO.**

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

A Coruña, a quince de junio 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. 2.107/00 interpuesto por Concello de Xinzo de Limia contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de Ourense.

#### **Antecedentes de hecho**

**PRIMERO.-** Que según consta en autos se presentó demanda por doña A.P.L. en reclamación de despido siendo demandado Concello de Xinzo de Limia y el Centro de Desenvolvemento Rural... en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 84/00 sentencia con fecha tres de marzo de dos mil por el juzgado de referencia que estimó la demanda.

**SEGUNDO.-** Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “**PRIMERO.-** La actora doña M.A.P.L., vino prestando servicios por cuenta y bajo la dependencia de los codemandados “Concello de Xinzo de Limia” y “Centro de desenvolvemento rural...” durante los siguientes períodos y a través de los siguientes contratos: -Desde el 01.02.95 al 15.06.95 prestó servicios para el demandado “Centro de Desenvolvemento Rural...” en virtud de contrato de trabajo a tiempo parcial para obra, con la categoría de educadora.- Desde el 23.06.95 al 12.12.95 prestó servicios para el Ayuntamiento de Xinzo de Limia en virtud de contrato a tiempo parcial para obra, con la categoría de educadora, informadora xuvenil.- Desde el 12.01.96 al 19.03.96 prestó servicios para el A.C.D.R. O Viso, en virtud de contrato para obra o servicio, a tiempo parcial, con la categoría de educadora.- Desde el 20.03.96 al 30.09.96 prestó servicios para el A.C.D.R. O Viso en virtud de contrato de obra o servicio a tiempo parcial, con la categoría de educadora.- Desde el 03.07.96 al 18.12.96, prestó servicios para el Ayuntamiento demandado en virtud de contrato de obra o servicio con la categoría de educadora.- Desde el 13.01.97 al 31.07.97 prestó servicios para el Centro de Desenvolvemento Rural..., en virtud de contrato para obra o servicio determinado a tiempo parcial con la categoría de educadora.- Desde el 01.07.97 al 18.12.97 prestó servicios para el Ayuntamiento de Xinzo de Limia, en virtud de contrato para obra o servicio a tiempo parcial con la categoría de educadora.- Desde el 15.01.98 al 14.06.98, prestó servicios para el Centro de Desenvolvemento Rural..., en virtud de contrato de obra o servicio a tiempo parcial con la categoría de oficial de 1ª administrativo.- Desde el 01.08.98 al 31.12.98, prestó servicios para el Ayuntamiento de Xinzo de Limia, en virtud de contrato de obra o servicio a tiempo parcial, con la categoria de educadora.- Desde el 01.01.99 al 30.06.99, prestó servicios para el Centro de

Desenvolvimento Rural..., en virtud de contrato para obra o servicio a tiempo parcial, con la categoría de trabajadora social.- Desde el 01.07.99 prestó servicios para el Ayuntamiento de Xinzo de Limia, en virtud de contrato para obra o servicio determinado, con la categoría de educadora. Todos los contratos referenciados aparecen incorporados a autos, teniendo aquí su contenido íntegro en aras de la brevedad por reproducido. El salario de la actora a efectos del presente procedimiento asciende a 54.000 pesetas mensuales.- SEGUNDO.- En fecha 26 de noviembre pasado, la actora recibió comunicación escrita del demandado Ayuntamiento de Xinzo de Limia del siguiente tenor literal: "Datos de la empresa: Nombre: Ayuntamiento de Xinzo de Limia. Domicilio: Curros Enriquez 15. Localidad: Xinzo de Limia.- Datos del Trabajador: Apellidos y nombre: P.L.M.A.. Domicilio... Xinzo de Limia. Notificación: Muy Sra. nuestra: en relación con el contrato que, con fecha 01.07.99 a tiempo parcial duración determinada tenemos suscrito, ante el vencimiento del mismo y dentro del plazo legalmente establecido, esta empresa le comunica que causará baja en la misma el próximo 31.12.99 como consecuencia de la finalización del contrato. Sírvase firmar la copia presente para nuestra constancia y archivo. En Xinzo de Limia, a 26 de noviembre de 1999".- TERCERO.- En fecha 23 de junio de 1995, se suscribe un convenio entre el Concello de Xinzo de Limia y el Centro de Desenvolvemento Rural..., para la continuidad del C.I.X. (Centro de Información Xuvenil da Limia), dicho convenio figura incorporado a autos, teniendo aquí su contenido íntegro por reproducido.- CUARTO.- La actora suscribió en fecha 30.06.99, recibo denominado de finiquito del siguiente tenor: "El que suscribe P.L.A., con D.N.I... trabajador al servicio de la empresa Centro de Desenvolvemento Rural..., mediante el presente documento manifiesta: Que con esta fecha queda por completo rescindida la relación laboral que mantenía con la citada empresa por fin de contrato. Que en este acto y sirviendo de carta de pago el presente, recibí la cantidad de 53.820 (cincuenta y tres mil ochocientas veinte) pesetas con cuyo percibo queda por enteramente saldado y finiquitado de todos cuantos derechos pudiera derivarse la relación laboral, hoy extinguida que unía a ambas partes, sin que tenga nada mas que pedir ni reclamar por ningún concepto y en prueba de conformidad con cuanto antecede firma el presente finiquito".- QUINTO.- En reclamación por despido frente al Concello de Xinzo de Limia la actora presentó reclamación previa en la Oficina de Correos y Telégrafos de Verín, el 20 de enero pasado. Dicha reclamación previa tuvo entrada en el Concello de Xinzo de Limia el 26 de enero pasado, siendo desestimada dicha reclamación por Decreto de 31 de enero

notificada a la actora el 3 de febrero pasado. Presentó demanda que fue turnada a este juzgado el 07.02.00.- SEXTO.- El artículo 46 del Convenio Colectivo del personal al servicio del Concello de Xinzo de Limia, publicado en el B.O.P. de 15.07.99, establece que: En el caso de despido declarado improcedente por órganos jurisdiccionales competentes será el trabajador que opte entre la indemnización legal o su readmisión".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por doña M.A.P.L. contra la empresa CONCELLO DE XINZO DE LIMIA debo declarar y declaro improcedente el despido de la actora llevado a cabo el treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y nueve y en consecuencia condeno a la citada empresa a que a opción de la trabajadora, la readmita en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido o le indemnice la cantidad de cuarenta mil quinientas pesetas en concepto de indemnización así como los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido a la de la presente resolución, advirtiéndose que la antedicha opción deberá efectuarse por la actora ante este juzgado en el plazo de los cinco días siguientes a la notificación de la presente solución. Asimismo debo absolver y absuelvo a la empresa CENTRO DE DESENVOLVEMENTO RURAL... de las pretensiones en su contra esgrimidas".

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

### **Fundamentos De Derecho**

PRIMERO.- Contra la sentencia de instancia que declara improcedente el despido de la actora recurre el demandado Concello de Xinzo de Limia, articulando un primer motivo de suplicación -por el cauce del art. 191.b) de la LPL- en el que interesa la supresión del numeral quinto de los hechos declarados probados y su sustitución por la siguiente redacción: "La reclamación previa efectuada por la actora por despido tuvo entrada en el Concello de Xinzo de Limia el 26 de enero pasado, siendo desestimada dicha reclamación por Decreto de 31 de enero, notificada a la actora el 3 de febrero pasado. Presentó demanda que fue turnada a este Juzgado el 07.02.00". La revisión que se interesa no puede prosperar, pues lo que el concello recurrente pretende, en realidad, es suprimir del hecho impugnado la circunstancia de que "la actora presentó reclamación previa en la Oficina de Correos el 20 de enero pasado", lo que aparece

acreditado por el sello de dicha Oficina de Correos y Telégrafos de Verín, que figura en el propio escrito de reclamación previa obrante al folio 7 de las actuaciones, y que no cabe desconocer ni intentar desvirtuar a través de la prueba de confesión judicial que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 191.b) de la LPL, no constituye un medio probatorio apto para revisar. Por otro lado, la circunstancia de que el sello de la Oficina de Correos lleve fecha 20 de enero y el escrito de reclamación previa del 21 siguiente, no desvirtúa la autenticidad y eficacia del mismo, ya que lo decisivo a tener en cuenta es la fecha de presentación del escrito en la referida oficina de correos; sin que tampoco pueda aceptarse la alegación relativa a la falta de prueba respecto de quienes fueron los supuestos representantes de la demandante que presentaron el mencionado escrito, pues con independencia de ello su presentación tuvo lugar, y la posterior interposición de la demanda por la actora ratifica cualquier actuación inicial de un representante sin poder (ratihabitio mandato equiparatur).

**SEGUNDO.-** Con amparo procesal en el art. 191.c) de la LPL formula el concello recurrente un segundo motivo de suplicación, relativo al examen del derecho aplicado, en el que denuncia infracción por no aplicación del art. 59.3 del ET, sobre la base del éxito del motivo anterior, por entender que ello implicaría el acogimiento de la excepción de caducidad, ya que desde la fecha de efectos de terminación del contrato, 31.12.99, hasta que la demanda tuvo entrada en el decanato de los Juzgados de lo Social el 7 de febrero, aún teniendo en cuenta el tiempo de interrupción desde la entrada de la reclamación previa en el Concello, 26 de enero, hasta el día en que se le notificó a la trabajadora la desestimación de dicha reclamación previa, el 03.02.00, transcurrieron más de 20 días hábiles que el precepto recoge para ejercitar la acción de despido. Censura jurídica que no puede acogerse, al no haber tenido éxito el motivo de revisión de hechos anterior, pues el recurrente pretende desconocer la circunstancia de que “la actora presentó reclamación previa en la Oficina de Correos el 20 de enero pasado”, lo que resulta perfectamente legítimo al amparo del art. 38.4.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, entendiéndose, en tales casos, que el escrito tuvo entrada en el órgano administrativo al que iba dirigido -en este caso el Concello de Xinzo de Limia- en la misma fecha en que fue presentado en la Oficina de Correos, sin que hubiesen transcurrido los 20 días hábiles que como plazo de caducidad fija el art. 59.3 del ET para el ejercicio de la acción de despido, pues desde la

fecha en que éste tuvo lugar (31.12.99) hasta el 20 de enero de 2000 en que la actora presentó su reclamación previa, sólo habían transcurrido 14 días hábiles, permaneciendo suspendido el plazo hasta el 03.02.00 en que se le notificó a la trabajadora la desestimación de dicha reclamación previa, presentando la demanda el 7 de febrero siguiente, esto es, cuando una vez reanudado el cómputo habían transcurrido 16 días hábiles (arts. 69.2 y 73 de la LPL).

**TERCERO.-** Con el mismo amparo procesal denuncia el recurrente infracción por no aplicación de lo dispuesto en el art. 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, y ello por la indebida aplicación del art. 55.4 del mismo texto legal, por entender que la naturaleza temporal del contrato es incuestionable, y su finalización el 31.12.99 es legítima. A su juicio la causa de la finalización del servicio vino dada por la falta de subvención de la Consellería correspondiente, tal como aparece acreditado en la documental obrante a los folios 84, 85 y 86 de las actuaciones, siendo pacífica y reiterada la jurisprudencia la que admite que la falta de una subvención pública pueda dar lugar a la finalización de un contrato temporal para obra o servicio determinado, habiendo advertido el concello a la trabajadora, con la debida antelación, de la finalización de su contrato, no siendo de recibo el afirmar -como hace la sentencia recurrida- que el servicio continúa prestándose en base a la declaración de un testigo. Las infracciones jurídicas que se denuncian no pueden prosperar por las dos siguientes razones: la primera, porque tanto en el relato fáctico como en la fundamentación jurídica de la resolución recurrida para nada consta la pretendida falta de subvención de la consellería correspondiente, sin que sobre este particular se hubiese interesado por el recurrente revisión de los hechos declarados probados. En todo caso, en la comunicación de cese a la trabajadora tampoco se expresa que la finalización de la obra o servicio se hubiera producido por razones presupuestarias. Y la segunda, porque en la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia consta -con valor de hecho probado- que “el servicio no ha terminado”, conclusión ésta obtenida por la juzgadora “a quo” de la apreciación conjunta de las pruebas documental y testifical practicadas, sin que esta sala tenga facultades para volver a valorar, en un recurso extraordinario como la suplicación, la mencionada prueba testifical cuya apreciación es privativa de la magistrada de instancia que la inmedió (art. 97. 2 LPL).

**CUARTO.-** En el cuarto y último motivo de suplicación denuncia el demandado la indebida aplicación o, en su caso, interpretación errónea de lo dispuesto en el art. 46 del Convenio Colectivo

para el Personal Laboral del Concello de Xinzo de Limia (folio 33), en relación con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo dictada para Unificación de Doctrina (Sentencias de 12.07.94, A. 7156; 24.11.95, A. 8.765 y 20.03.97, A. 2.598-), por entender que la opción prevista por las normas paccionadas (Convenio Colectivo) en el sentido de establecer los efectos de la opción en favor del trabajador, no puede alcanzar a los empleados temporales, cuando su contrato se convierte en “por tiempo indefinido” por irregularidades sobrevenidas durante la vida de la relación contractual. Debe tenerse en cuenta, además, que la contratación “como fijo” en las Administraciones Públicas es aquélla en la que se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 19 de la Ley 30/84, de 2 de agosto, de Reforma de la Función Pública, y concordantes: constancia del puesto en oferta pública de empleo y, cobertura del mismo en procedimiento que garantice los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad respecto a los posibles candidatos a su ocupación. El motivo tampoco prospera, pues la opción por la readmisión o indemnización que reconoce al trabajador, en caso de despido improcedente, el art. 46 del Convenio Colectivo del Concello de Xinzo de Limia, no puede reputarse contraria a la doctrina jurisprudencial citada, ya que dicha doctrina se refiere al supuesto de los empleados contratados temporalmente por una Administración Pública, «cuyo contrato se transforma en por tiempo indefinido, por irregularidades sobrevenidas durante la vida de la relación contractual». Y no es este el caso, pues la sentencia impugnada declara el despido improcedente en base a “no haber concluido la obra o servicio” para la que la trabajadora fue contratada, admitiendo la temporalidad de la relación y conformándose la parte actora con tal pronunciamiento. Por ello, nada impide que el art. 46 del Convenio colectivo del Concello pueda resultar aplicable como precepto más beneficioso para el trabajador (art. 3 ET), ya que la opción que le concede en este caso no resulta contraria al artículo 19 de la Ley 30/84, de 2 de agosto, de Reforma de la Función Pública, y concordantes, al rechazarse en la sentencia, y no discutirse en el recurso, la conversión del contrato temporal en indefinido.

**QUINTO.-** Las costas del presente recurso han de ser impuestas a la parte vencida, incluyéndose en las mismas la cantidad de 25.000 ptas. en concepto de honorarios del letrado de la parte impugnante; suma ésta que constituye la habitualmente fijada para supuestos semejantes por esta Sala de lo Social (art. 233 LPL).

## Fallamos

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por el demandado Ilmo. Concello de Xinzo de Limia, contra la sentencia de fecha 3 de marzo de 2000 dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Orense, en los presentes autos sobre despido tramitados a instancia de la actora frente al referido demandado, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha sentencia, con imposición a la parte recurrente de las costas causadas en el recurso, que incluirán la cantidad de 25.000 ptas. en concepto de honorarios del letrado de la parte impugnante.

## 2983 RECURSO N° 1.211/00

S.S.

### INCUMPRIMENTO EMPRESARIAL DE PLAN SOCIAL DERIVADO DE EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPREGO.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Rafaela Horcas Ballesteros

A Coruña, a veintitrés de junio 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. 1.211/00 interpuesto por la empresa “T., S.A.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de A Coruña.

### Antecedentes de hecho

**PRIMERO.-** Que según consta en autos nº 573/99 se presentó demanda por el Comité de Empresa de “T., S.A.” en reclamación de Conflicto Colectivo siendo demandado la empresa “T., S.A.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha dos de febrero de dos mil por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

**SEGUNDO.-** Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “Primero: Que el presente Conflicto Colectivo que se promueve por el Comité de Empresa de “T., S.A.” en el centro de trabajo de A Coruña, afecta a todos los trabajadores de dicho centro en

un total de 226 trabajadores./ Segundo: Que la cuestión objeto de controversia se centra en la aplicación en el centro de trabajo de A Coruña del Plan Social elaborado por la Empresa con motivo del expediente de regulación de empleo aprobado por la Dirección de Trabajo de 21.07.98./ Tercer: Que dicho expediente se fundamenta en causas técnicas y organizativas, y en cumplimiento de lo cual la empresa elabora un plan social que pone en conocimiento de la parte negociadora del E.R.E., y cuyo apartado 3º “Medidas para atenuar las consecuencias negativas del expediente de los trabajadores afectados”, dispone en su párrafo 5º que: “En estos expedientes, la baja laboral definitiva de los solicitantes (prejubilaciones y bajas incentivadas) en aquellos casos que son excedentes, la baja producida da lugar a unas vacantes que con posterioridad son cubiertas por el resto del personal sobrante, mediante mecanismos de movilidad funcional o geográfica”./ Cuarto: Que en el centro de trabajo de “T., S.A.” y en aplicación del cumplimiento del E.R.E. se ha producido 94 bajas por prejubilación constatadas todas ellas al 30.06.99./ Quinto: Que de las 94 plazas vacantes por prejubilaciones, 12 plazas pertenecen a personal excedentario, resultado a cubrir por parte de la empresa demandada como plazas sobrantes 82./ Sexto: Que ninguna de las 82 plazas sobrantes a las que se refiere el plan social elaborado por la empresa “T., S.A.”, consta que hubiese sido ofertada por la empresa a través de los mecanismos de movilidad geográfica o funcional, ni en consecuencia cubierta a través de dicho mecanismo./ Séptimo: Que en el centro de trabajo de A Coruña no se ha cubierto ninguna de las plazas vacantes por aplicación del E.R.E./ Octavo: Que en fecha 25.05.99, se evaca informe por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en la que se manifiesta: “Dado el elevado número de bajas por prejubilaciones y bajas incentivadas que se han producido en A Coruña y teniendo en cuenta que el personal excedentario, según estudio realizado es de 12 puestos de trabajo, se ha requerido a la Empresa mediante Diligencia en el Libro de Visitas para que proceda al cumplimiento del plan social en lo que al centro de trabajo de A Coruña se refiere./ Noveno.- Que la empresa demandada al 30.06.99, fecha en la cual había concedido 94 solicitudes por jubilación, amortizó 45 plazas, correspondientes a la fábrica de A Coruña, 30 plazas en virtud de Acuerdo del Consejo de Administración de 26.01.99, 1 plaza, en virtud de Acuerdo de 08.03.99, 9 plazas por Acuerdo del Consejo de 27.04.99 y 5 plazas en virtud de Acuerdo del Consejo de Administración de fecha 25.05.99./ Décimo: Que se ha celebrado acto de conciliación en fecha 02.07.99, en la Delegación Provincial de la Consellería de Xustiza, Interior e

Relacóns Laborais el cual finalizó con el resultado de “sin avenencia”.

**TERCERO.-** Que la parte dispositiva de la indicada resolución es la siguiente: “FALLO: Que desestimando la excepción de incompetencia de jurisdicción alegada por la representación de la empresa “T., S.A.” y estimando la demanda interpuesta por el Presidente del Comité de Empresa de “T., S.A.” contra la empresa “T., S.A.”, debo declarar y declaro incumplido el plan social elaborado por la Empresa en el centro de trabajo de A Coruña, condenando a dicha demandada a estar y pasar por tal declaración dando cumplimiento al mismo”.

**CUARTO.-** Que con fecha 11 de febrero de 2000 se dictó Auto aclaratorio de dicha sentencia, cuya parte dispositiva es como sigue: “DISPONGO: / Que debo aclarar la sentencia dictada en su hecho de prueba 9º el cual quedará redactado del siguiente modo: “que la empresa demandada al 30.06.99, fecha en la cual había concedido 94 solicitudes por jubilación, amortizó 55 plazas, correspondientes a la Fábrica de A Coruña, 10 plazas en virtud de Acuerdo del Consejo de Administración de 22.12.98, 30 plazas por Acuerdo del Consejo de fecha 26.01.99, 1 plaza en virtud de Acuerdo de 08.03.99, 9 plazas por Acuerdo del Consejo de 27.04.99 y 5 plazas en virtud del Acuerdo del Consejo de Administración de fecha 25.05.99”, así como en consecuencia el número de 55 plazas amortizadas, en los Fundamentos de Derecho Tercero y Cuarto, en lugar de 45 plazas, permaneciendo inalterable el fallo de la misma”.

**QUINTO.-** 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.-** Se interpone Recurso de Suplicación contra la Sentencia de fecha 2 febrero 2000 del Juzgado de lo Social nº 2 de A Coruña, seguida a instancia del Comité de Empresa de “T., S.A.” contra la empresa “T., S.A.”, por esta última, teniendo como primer motivo del recurso, al amparo del art. 191.a) de la LPL, infracción de las normas de procedimiento que ha producido indefensión, por infracción del art. 8 de la LPL en relación con el art. 24 de la Constitución Española y art. 67 de la LOPJ por incompetencia territorial del Juzgado de lo Social de A Coruña, y competencia, por el ámbito del Convenio de la Audiencia Nacional.

Para que nos hallemos ante el motivo a) del art. 191 LPL es necesario que la infracción de las normas de procedimiento haya producido indefensión. Esta indefensión de la parte recurrente no aparece constatada ya que dicha excepción fue alegada en juicio y resuelto en sentencia. Luego, por lo tanto, no se ha producido ninguna infracción de normas de procedimiento. Con independencia de ello, el propio texto procesal señala en materia de conflicto colectivo que la competencia territorial no se determina en función del ámbito del convenio que se trata de interpretar, sino en relación con el ámbito en que se produzcan los efectos del conflicto (art. 6, y art. 10 de la LPL). Dicho conflicto colectivo afecta al Centro que tiene la empresa “T., S.A.” en A Coruña, y a la interpretación que se hace del Plan Social elaborado por la empresa con motivo del E.R.E, es decir, si dicho Plan ha sido o no cumplido en dicho centro de trabajo y de la interpretación que se le ha dado al mismo. No podemos aceptar, por tanto, el motivo del recurso, ya que el conflicto afecta no a todos los trabajadores de la empresa de manera general, sino a la interpretación que se ha hecho en el centro de trabajo de A Coruña de dicho Plan Social.

El plan Social Anexo al E.R.E. tiene efectivamente un ámbito nacional, pero aquí, en el presente litigio, no se impugna tal Pacto, sino que lo que se pretende es la declaración de que en un determinado centro de trabajo, así centro de A Coruña, se ha incumplido el mismo. La competencia, en consecuencia, es del Juzgado de lo Social correspondiente.

**SEGUNDO.-** Se alega por el recurrente, al amparo del art. 191.a) de la LPL, infracción de normas de procedimiento que causa indefensión por considerar que la Sentencia adolece de incongruencia omisiva, interesando la nulidad de la misma al no determinar ésta cuántos trabajadores han sido calificados como “sobrantes”, por el contrario, la Sentencia de instancia fija las “plazas sobrantes” pero no el “personal sobrante”, infringiendo con ello los arts. 97.2 de la LPL, 248.3 de la LOPJ y 24.1 de la Constitución Española.

Para que se pueda articular este motivo del recurso, es imprescindible que la infracción de las normas de procedimiento causen indefensión. Dicha indefensión no se ha producido en la medida en que por vía de recurso puede interesarse la supresión, adición o modificación de un hecho probado, al amparo del art. 191.b) de la LPL.

Con lo cual, se desestima el motivo del recurso.

**TERCERO.-** Se formula por el recurrente, al amparo del art. 191.b) de la LPL, la revisión de los hechos declarados probados en la Sentencia.

Así el hecho probado primero, el cual señala: “Que el presente Conflicto Colectivo que se promueve por el Comité de Empresa de “T., S.A.” en el centro de trabajo de A Coruña, afecta a todos los trabajadores de dicho centro en un total de 226 trabajadores”, para que se modifique y sea redactado del siguiente modo: “Que el presente Conflicto Colectivo que se promueve por el Comité de Empresa de “T., S.A.” en el centro de trabajo de A Coruña, afecta a todos los trabajadores de dicho centro en un total de 226 trabajadores, así como a la totalidad de la plantilla de la empresa demandada, al menos en forma potencial”.

Sin embargo, de los documentos que cita, que son los referentes al Expediente de Regulación de Empleo, que evidentemente afectan a todos los trabajadores de la empresa, no acredita la afectación del conflicto a la totalidad de la plantilla de la empresa, ya que va a depender de la interpretación que se dé por el concreto centro de trabajo a dicho Plan Social, con lo cual, no se admite la revisión del hecho probado primero.

Se pretende también la revisión del hecho declarado probado tercero, que concretamente dice: “ Que dicho expediente se fundamenta en causas técnicas y organizativas, y en cumplimiento de lo cual la empresa elabora un plan social que pone en conocimiento de la parte negociadora del E.R.E. y cuyo apartado 3º) “Medidas para atenuar las consecuencias negativas del expediente de los trabajadores afectados”, dispone en su párrafo 5º que; “en estos expedientes, la baja laboral definitiva de los solicitantes (prejubilaciones y bajas incentivadas) en aquellos casos que son excedentes, la baja producida da lugar a unas vacantes que con posterioridad son cubiertas por el resto del personal sobrante, mediante mecanismos de movilidad funcional o geográfica”, para que se modifique dicho texto y quede redactado de la siguiente manera: “Que dicho expediente se fundamenta en causas técnicas y organizativas, y en cumplimiento de la parte negociadora del E.R.E., y cuyo apartado III “Medidas para atenuar las consecuencias negativas del expediente de los trabajadores afectados”, dispone en su párrafo 5º que: “En estos expedientes, la baja laboral definitiva de los solicitantes en aquellos casos en que son excedentes, provoca la inmediata amortización de sus puestos de trabajo; y en aquellos otros en que no son excedentes, la baja producida da lugar a unas vacantes que, con posterioridad, son cubiertas por el resto del personal sobrante, mediante mecanismos de

movilidad funcional o geográfica”, dicha modificación se pide en base a un error material producido en la transcripción por el Juzgado, por lo tanto, a estimar el motivo del recurso en lo que se refiere a la revisión del hecho probado 3º que quedará redactado en la manera interesada por el recurrente.

Se pretende también por el recurrente la modificación del hecho probado quinto, el cual dice: “Que de las 94 plazas vacantes por prejubilaciones, 12 plazas pertenecen a personal excedentario, resultado a cubrir por parte de la empresa demandada como plazas sobrantes 82”, para que se le dé la siguiente redacción: “Todas las plazas que quedasen vacantes a partir de 1º de julio de 1996, por prejubilaciones de los trabajadores que las ocupaban, acogidos al Expediente de Regulación de Empleo, fueron declaradas amortizables por acuerdo del Consejo de Administración de “T., S.A.”, adoptado en reunión ordinaria celebrada el 22 de octubre de 1996./ A tales efectos los servicios correspondientes de la Compañía presentarán mensualmente, ante sus Órganos Directivos una relación de las vacantes producidas cada mes, con propuesta expresa e individualizada de los puestos de trabajo a amortizar”, basándose para ello, como prueba documental, en el propio Acuerdo (folio 322 y 323). Efectivamente, de la prueba documental que cita, se desprende la realidad de la modificación que se pretente, por lo cual, se accede a dicha revisión, pero haciendo constar que el E.R.E. al que se refiere es del año “1993 y 1995”.

Se interesa, con igual motivo, la modificación del hecho probado sexto, el cual dice: “Que ninguna de las 82 plazas sobrantes a las que se refiere el plan social elaborado por la empresa “T., S.A.” consta que hubiese sido ofertada por la empresa a través de los mecanismos de movilidad geográfica o funcional, ni en consecuencia cubierta a través de dicho mecanismo”, para que se le dé la siguiente redacción: “No ha sido acreditada en autos la existencia del personal sobrante a que se refiere el punto III, párrafo 5º, del Plan Social, llamado a cubrir las vacantes no excedentarias, en su caso, mediante mecanismos de movilidad funcional o geográfica”, para dicha modificación el recurrente cita como documento el folio 61 del Plan Social y la Sentencia de este Tribunal Superior declarando la nulidad de la Sentencia de instancia anterior (folio 316); dichos documentos no contradicen lo señalado por la Sentencia en el hecho probado 6º ni prueban la modificación pretendida de “No ha sido acreditada en autos la existencia del personal sobrante a que se refiere el punto III, párrafo 5º, del Plan Social”, por ello, se desestima el motivo del recurso.

Con el número séptimo, en el recurso se pretende la revisión del hecho probado séptimo, el cual dice: “Que en el centro de trabajo de A Coruña no se ha cubierto ninguna de las plazas vacantes por aplicación del E.R.E.”, para que se le dé la siguiente redacción: “Que en el centro de trabajo de A Coruña se ha cubierto al menos cinco plazas vacantes generadas por el Expediente de Regulación de Empleo por personal de otros centros que lo han solicitado voluntariamente”, de los documentos que cita inicialmente no se deduce que se hayan cubierto cinco plazas generadas por el E.R.E. y, respecto a los documentos que cita como números 1 y 2, no se admiten como prueba los mismos, ya que han sido aportados extemporáneamente y no cumplen los requisitos del art. 231 de la LPL, por todo lo cual, no se accede a la revisión pretendida.

Por lo que se refiere al hecho probado octavo, el cual dice: “Que en fecha 25.05.99, se evacua informe por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en la que se manifiesta: “Dado el elevado número de bajas por prejubilaciones y bajas incentivadas que se han producido en A Coruña y teniendo en cuenta que el personal excedentario, según estudio realizado es de 12 puestos de trabajo, se ha requerido a la Empresa mediante Diligencia en el Libro de Visitas para que proceda al cumplimiento del plan social en lo que al centro de trabajo de A Coruña se refiere”, el recurrente pretende su supresión completa. A pesar de pedir la supresión, el propio recurrente reconoce la existencia del informe y de su contenido, pero no está de acuerdo con que el Magistrado de instancia lo incluya como hecho probado. No se admite dicha pretensión ya que dicho documento queda probado que existe, que ése es su contenido, así lo ha recogido el Magistrado de instancia, no como que se haya probado su contenido sino que queda probado que ese documento existe, que es además de la Inspección de Trabajo y el valor que se le da a los mismos y que ése es su contenido.

Con el ordinal noveno se solicita la sustitución del hecho probado noveno, el cual dice: “Que la empresa demandada al 30.06.99, fecha en la cual había concedido 94 solicitudes por jubilación, amortizó 55 plazas, correspondientes a la fábrica de A Coruña, 10 de ellas por Acuerdo del Consejo de Administración de 12.12.98, 30 plazas en virtud de Acuerdo del Consejo de Administración de 26.01.99, 1 plaza, en virtud de Acuerdo de 08.03.99, 9 plazas por Acuerdo del Consejo de 27.04.99 y 5 plazas en virtud de Acuerdo del Consejo de Administración de fecha 25.05.99”, para que se le dé la siguiente redacción: “La empresa demandada, “T., S.A.”, por acuerdo del Consejo de Administración en reunión ordinaria celebrada el 22 de octubre de

1996, declaró excedentarias y a amortizar, a medida que se fueran produciendo, todas las vacantes de la Fábrica de tabacos de A Coruña, amortizándose la totalidad de las 94 vacantes producidas por el ERE, según sucesivos Acuerdos del Consejo de Administración, de fechas 22.12.98 (10 plazas), 26.01.99 (30 plazas), 08.03.99 (1 plaza), 27.04.99 (9 plazas), 25.05.99 (5 plazas) y 27.07.99 (40 plazas)", basándose dicha modificación en la certificación emitida (folios 322 y 323) por el Secretario del Consejo de Administración. No se accede a dicha pretensión en cuanto a la inclusión de que las plazas amortizadas por lo que se refiere al Acuerdo del 27.07.99 (40 plazas), ya que, como se argumenta por el Magistrado de instancia, dichas amortizaciones fueron posteriores al planteamiento del presente conflicto colectivo (demanda de 16.07.99) y quizás pudiera responder a la necesidad de justificar la actitud de la empresa frente al cumplimiento del Plan Social.

En el ordinal décimo del recurso se solicita la adición de un hecho probado nuevo, con el siguiente texto: "Que en las presentes actuaciones, la parte actora no ha probado la existencia de personal sobrante en otros centros de trabajo de la empresa". La pretensión de dicha adición no está fundamentada en prueba documental alguna, siendo éste un requisito procesal fundamental a efectos de proceder a la revisión de hechos probados, según el art. 194.3 de la LPL. Por todo lo cual, se desestima el motivo del recurso.

**CUARTO.-** Al amparo del art. 191.c) de la LPL., se alega por el recurrente infracción por inaplicación del art. 1.281 del C. Civil en relación con el art. 3º del mismo Texto Legal, en el sentido de que hay que acudir a la interpretación literal tanto de los contratos como de las normas jurídicas, y el Plan Social en el párrafo 5º del punto 3º exige para que nazca la obligación de "T., S.A." de cubrir puestos en el centro de A Coruña que se trate de puestos "que no son excedentes" y que esas vacantes se cubran "por el resto de personal sobrante", expresiones que, según el recurrente, son claras. Y nada se ha probado, ni consta en autos, sobre las vacantes no excedentes.

Efectivamente, los artículos que cita el recurrente del Código Civil no ofrecen mayor duda sobre la interpretación de los contratos y normas jurídicas, pero el Magistrado de instancia, al cual corresponde la valoración de la prueba, ha relatado una serie de hechos probados, a los cuales le ha correspondido una fundamentación jurídica, concretamente la prueba testifical y documental que cita dentro del mismo,

consecuencia de los mismos han dado lugar a un fallo.

No ha existido la infracción jurídica que se cita por el recurrente, ya que el relato de hechos probados pone de manifiesto que han existido bajas laborales definitivas (94, hecho probado cuarto), se han amortizado (55, hecho probado noveno), por ser excedentes, luego, en definitiva, las no excedentes a cubrir por el resto de personal sobrante son 44 por el mecanismo de movilidad funcional o geográfica. Es decir, que cuando se ha planteado el presente Conflicto Colectivo (16.07.99), la empresa no había dado cumplimiento a lo preceptuado en el apartado del Plan Social objeto de litigio. En consecuencia, no se estima el motivo del recurso.

Amparado también en dicho motivo, se alega infracción de lo dispuesto en el art. 51 del ET en relación con el art. 20 del mismo Texto Legal, ya que es consustancial a la empresa el poder de dirección y, por lo tanto, la necesidad organizativa de la misma.

El artículo 51 del ET que cita el recurrente, referente al despido colectivo, es incuestionable, en la medida en que el Plan Social objeto de litigio es un anexo del E.R.E. Si dicho Plan responde, y así lo pone de manifiesto la empresa dentro de su poder de dirección y organización, a la necesidad de atenuar los efectos del E.R.E., no se puede ahora argüir que esto contradice dicho poder de organización.

El presente conflicto colectivo se plantea a efectos de que se declare si se ha incumplido o no dicho apartado del Plan Social. Del relato de hechos probados se desprende que, en el momento de presentar la demanda del conflicto, se había incumplido el mismo por la empresa. Por lo cual, se desestima el motivo del recurso.

**QUINTO.-** De conformidad con los art. 202 y 233 de la LPL., procede la pérdida del depósito del recurrente, así como la imposición de los honorarios del letrado impugnante, se cifran en 25.000 ptas.

Por todo ello,

### **Fallamos**

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por la empresa "T., S.A." contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de A Coruña, de fecha 2 de febrero de 2000, en autos seguidos a instancia del Comité de Empresa de "T., S.A." contra la empresa recurrente, confirmando la Sentencia recurrida, con pérdida del depósito, al que se dará

el destino legal, e imposición a la parte recurrente de los honorarios del letrado impugnante, que se cifran en 25.000 ptas.

## **2984 RECURSO N° 2.456/00**

S. S.

**CONCORRENCEA DOS REQUISITOS QUE PROCESUALMENTE DETERMINAN A EXISTENCIA DE CONFLICTO COLECTIVO.**

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

A Coruña, a veinticuatro de junio 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. 2.456/00 interpuesto por doña A.S.A. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de Ourense.

#### **Antecedentes de hecho**

**PRIMERO.-** Que según consta en autos se presentó demanda por doña A.S.A. en reclamación de conflicto colectivo siendo demandados la Consellería de Sanidade e Servicios Sociais de Ourense y la empresa Residencia da Terceira Idade... en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 168/00 sentencia con fecha 29 de marzo 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.-** Por doña A.S.A., en su condición de representante de los trabajadores en la Residencia da terceira Idade... por el sindicato C.S.I.F, se formula demanda de conflicto colectivo, contra la dirección de la empresa “Residencia da Terceira Idade...” y la Delegación Provincial de la Consellería de Sanidade a instancias de los trabajadores que indica, en suplica de que se declare el derecho de los trabajadores que relaciona a mantener las actuales condiciones de trabajo que disfrutaban, y por tanto, la anulación de la rotación en los turnos de trabajo impuesta, y se condene a los demandantes a estar y pasar por dicha declaración./ **SEGUNDO.-** En fecha 9 de junio de 1999, se presenta escrito de don A.V.I., en calidad de

representante de los trabajadores como miembro del comité de empresa por el sindicato U.G.T., en el que muestra disconformidad con la propuesta de rotación de turnos, presentada por el comité de empresa en la Residencia da Terceira Idade.../**TERCERO.-** En fecha 13 de septiembre de 1999 se celebra una reunión entre los representantes del comité de empresa y de la administración en la cual el comité de empresa, solicita turnos rotatorios de varias categorías “por así haber trabajadores que o piden”, levantándose la correspondiente acta. En fecha 20 de septiembre se celebra nueva reunión entre los representantes del comité de empresa y de la administración y el director de la Residencia da Terceira Idade..., en la cual el comité de empresa propone que cada colectivo haga rotación de turnos, quedando pendiente la propuesta del comité de hacer una consulta a cada trabajador para saber el turno que le gustara hacer y en base a ello, proponer la estructuración de turnos, levantándose la correspondiente acta. Efectuadas las consultas la mayoría de los trabajadores se manifestó en el sentido de su deseo no realizar correturnos, solicitando mayoritariamente el turno fijo de mañana./ **CUARTO.-** En fecha 16 de noviembre de 1999, se celebra reunión entre los representantes del comité de empresa de la administración y el director de la residencia, en la cual se aceptó que el personal de la residencia pasase a efectuar turnos rotatorios, condicionado a que se presentase por escrito el sistema de turnos por el comité y sobre el mismo, se confeccionara por la dirección la cartelera de turnos. De dicha reunión se levantó la correspondiente acta. El día siguiente 17 de noviembre el comité de empresa, informó por escrito a los trabajadores que se había llegado a un acuerdo con la Administración para establecer turnos rotatorios de trabajo. El 1 de diciembre de 1999, se celebra nueva reunión entre los representantes del comité se hace entrega de una propuesta de turnos rotatorios para que se comparen con las propuestas por el director del centro./ **QUINTO.-** En fecha 10 de diciembre de 1999, se presenta escrito firmado por 19 trabajadores de la residencia dirigido al delegado provincial de la Consellería de Sanidade e Servicios Sociais en la cual solicita se manifieste oficialmente la decisión que, en su caso, haya sido tomada respeto del establecimiento de turnos rotatorios de trabajo que afecta a los trabajadores de la residencia. La dirección del centro publica escrito de 29 de diciembre del que se adjuntan modelos de correturnos para su estudio y alegaciones./ **SEXTO.-** En fecha 13 de enero pasado se celebra nueva reunión entre los representantes del comité de empresa de la administración y el director de la residencia, en la cual se acuerda literalmente: “con data 01.12.99 o presidente do comité de empresa solicita, en

proposta escrita o réxime de traballo a turnos para o personal da Residencia da 3<sup>a</sup> Idade... por razóns de xusticia e igualdade dos mesmos. A administración advirte que esta proposta supón unha modificación substancial das condicións de traballo, polo que ó abeiro do disposto no art. 41 do Estatuto dos Traballadores deberán se-la maioría dos membros do comité de empresa, na súa condición de órgano representativo e colexiado dos traballadores no centro de traballo, para a defensa dos seus intereses, os que ratifiquen mediante firma flexible a modificación que propoñen. En consecuencia, á solicitude do comité de empresa, una vez transcorrido o período de consultas establecido ó efecto no propio art. 41 do E.T. e de conformidade co previsto no art. 18 do Convenio Colectivo Único para o persoal laboral da Xunta de Galicia, propónse a próxima xuntanza o seguinte acordo: a) Establecer turnos rotatorios (que se achegan coa presente acta) que se poñerán en funcionamento cando se incremente a plantilla prevista (xeneiro-febreiro). De non se incorporar nestas datas este incremento de persoal, estableceríanse en todo caso ó longo do mes de febreiro do 2000. B) Categorías: enfermería (ATS/DUE), auxiliar de clínica, camareiros/as limpiadores/as. Cociña. C) Así mesmo, a administración deberá notificar a todos los traballadores afectados esta modificación. Nas restantes categorías e servicios que quedan sen establecer este sistema de turnicidade (portería, mantemento, lavandería) por estar dacordo na sua totalidade co sistema que rixe actualmente, seguirán facendo, agás que algún traballador dos mencionados colectivos plantexe entrar en turnicidade, ou en posteriores aumentos de plantilla se non hai acordo. Nos turnos de cociña pode existir un exceso no cómputo anual de horas (2 días), este exceso anual compensarase co descanso correspondiente en carteleira. “De dicha reunión se levantó la correspondiente acta, que figura incorporada a autos. En fecha 21 de enero pasado, 19 trabajadores de la residencia, dirigen escritos al director de la residencia y al Delegado Provincial de la Consellería, solicitando se respete el actual sistema de turnos que la mayoría de los trabajadores prefiere./ SÉPTIMO.- En fecha 1 de febrero pasado se celebra nueva reunión entre los representantes del comité de empresa de la administración y el director de la residencia, levantándose acta en la cual se acuerda literalmente”: Con data 01.12.99 o presidente do comité de empresa solicita, en proposta escrita o réxime de traballo a turnos para o personal da Residencia da 3<sup>a</sup> idade... por razóns de xusticia e igualdade dos mesmos. A administración advirte que esta proposta supón unha modificación substancial das condicións de traballo, polo que ó abeiro do disposto no art. 41 do Estatuto dos Traballadores deberán se-la

maioría dos membros do comité de empresa, na súa condición de órgano representativo e colexiado dos traballadores no centro de traballo, para a defensa dos seus intereses, os que ratifiquen mediante firma flexible a modificación que propoén. En consecuencia, á solicitude do comité de empresa, unha vez transcorrido o período de consultas establecido ó efecto no propio art. 41 do E.T. e de conformidade co previsto no art. 18 do Convenio colectivo Unico para o persoal laboral da Xunta de Galicia, acordase: a) Establecer turnos rotatorios (que se achegan coa presente acta) que se poñerán en funcionamento cando se incorpore o persoal novo con motivo de aprobación e publicacións da novas RPT. B) Categorías: enfermería (ATS/DUE), auxiliar de clínica, camareiros/as limpiadoras, cociña. C) así mesmo a administración deberá notificar a todos los traballadores afectados esta modificación. Nas restantes categorías e servicios que quedan sen establecer este sistema de turnicidade (portería, mantemento, lavandería) por estar dacordo na sua totalidade co sistema que rixe actualmente, seguirán facendo, agás que algún traballador dos mencionados colectivos plantexe entrar en turnicidade, ou en posteriores aumentos de plantilla se non hai acordo. Os representantes do CSI-CSIF non están dacordo co sistema de turnos. Nos turnos de cociña pode existir un exceso no computo anual de horas (2 días), este exceso anual compensarase co descanso correspondiente en carteleira. A exposición de carteleiras dos turnos farase cunha periodicidade mínima dous mes. Nas carteleiras a asignación do traballador do nº de orde na rotación sera por orden alfabetico, agás o persoal que coincide descanso con descanso e traballo con traballo”./ QUINTO.- En fecha 12 de febrero la dirección del Centro Residencia de Terceira Idade..., dirige comunicación a los trabajadores del siguiente tenor literal: “O Real Decreto Lexislativo 1/1995 de 24 de marzo, polo que se aprueba o texto refundido da Lei do Estatuto dos Traballadores, define no seu artigo 63 ó comité de empresa como órgano representativo e colexiado dos traballadores na empresa ou centro de traballo para a defensa dos seus intereses. Con data 01.12.99 o comité de empresa do Centro de Residencia da Terceira Idade..., dependente da Delegación Provincial de Sanidade e Servicios Sociais de Ourense, formula proposta escrita na que solicita o réxime de traballo a turnos para o personal da citada residencia. A solicitude de turnicidade do comité de empresa foi ratificada pola maioria dos seus membros, polo que debe ser atendida pola administración. En consecuencia, esta dirección, tendo en conta o disposto no artigo 18 do III Convenio Colectivo Unico para o persoal laboral da Xunta de Galicia, e de conformidade co disposto no artigo 41 do

Estatuto dos Traballores, notificalle por medio do presente escrito a modificación da sua xornada de traballo, no sentido de réxime de turnicidade. A transición ó novo réxime de xornada, xestionarse por esta dirección, individualmente con cada traballador, ou mediante exposición de carteira de turnos./ NOVENO.- El régimen de trabajo a turnos se impone al personal laboral de la Residencia da Terceira Idade..., con excepción del personal de portería, mantenimiento y lavandería./ DÉCIMO.- Se celebró sin avenencia la conciliación ante el SMAC”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que apreciando de oficio, la excepción de inadecuación de procedimiento, y sin entrar a conocer del fondo del asunto, debo absolver y absuelvo en la instancia a los demandados de las pretensiones en su contra esgrimidas”.

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

### **Fundamentos De Derecho**

PRIMERO.- La representante de la Confederación de Sindicatos Independientes de Funcionarios recurre la sentencia de instancia que, al apreciar de oficio la excepción de inadecuación de procedimiento, desestimó su demanda por conflicto colectivo contra la Residencia de la Tercera Edad... y la Consellería de Sanidade e Servicios Sociais -Delegación en Ourense- de la Xunta de Galicia, y solicita con amparo procesal correcto revisar los hechos probados y examinar el derecho que contiene aquella resolución.

SEGUNDO.- En el ámbito histórico propone añadir un nuevo apartado (1º), con la correlativa enumeración de los demás, que haga constar: “El conflicto afecta al personal laboral de la Residencia de la Tercera Edad..., excepto al de portería, mantenimiento y lavandería, que no se le impone el régimen de trabajo a turnos y a la dirección de la empresa mencionada y a la Delegación Provincial de la Consellería de Sanidade e Servicios Sociais en Ourense”; se basa en que es un hecho no controvertido, en los folios 107 a 162, en la declaración del director de la residencia y en el hecho probado 3º de la sentencia impugnada. La pretensión es irrelevante porque no tiene más trascendencia que la de su ubicación en el relato de hechos, cuyos apartados 7º y 9º ya fijan el alcance subjetivo de la demanda.

TERCERO.- En el ámbito jurídico, denuncia la infracción del artículo 151 de la Ley de procedimiento laboral (LPL) en relación con la jurisprudencia que cita. La sala no comparte la

excepción de inadecuación de procedimiento apreciada por la sentencia recurrida: El Tribunal Supremo (ss. 25.06.92, 22.03.95, 27.05.96, 7, 19.05, 13.10.97, 22.05.98) afirma que son dos los elementos que determinan la trascendencia colectiva del conflicto: uno subjetivo, la afectación de un grupo genérico de trabajadores; otro objetivo, la presencia de un interés general. Tales notas concurren en el actual supuesto: De una parte, porque la decisión empresarial adoptada -establecimiento de turnos de trabajo- es única, común y homogénea para todos a quienes afecta. De otro lado porque, según los hechos probados 7º y 9º, los destinatarios de dicha medida son aquellos que trabajan en los servicios de enfermería, auxiliar de clínica, limpieza, cocina y camareros, es decir, la práctica totalidad del personal laboral que configura la organización trascendental de la residencia de la tercera edad, con la excepción de quienes lo hacen en los servicios de lavandería, mantenimiento y portería. CUARTO.- Además de los motivos que el recurso expone, la sala declara de oficio la nulidad de lo actuado, de acuerdo con las siguientes consideraciones y efectos: 1ª.- La demandante pretende “...se declare el derecho de los trabajadores relacionados en esta demanda a mantener las actuales condiciones de trabajo que disfrutaban y por tanto, la anulación de la rotación en los turnos de trabajo impuesta, condenando a los demandados a estar y pasar por dicha declaración”. 2ª.- Los hechos 9º y 10º de demanda (en sentido semejante, hechos probados 7º y 8º) revelan que la pretensión actora intenta dejar sin efecto la resolución de 12.02.00 de la dirección del centro de trabajo que estableció el régimen de turnos, previo acuerdo con el comité de empresa de 01.02.00. 3ª.- La demanda se dirige exclusivamente contra la señalada residencia de la tercera edad y la correspondiente delegación provincial del órgano administrativo del que aquélla depende, pero no frente a los demás representantes de los trabajadores quienes, al suscribir el pacto con la dirección de aquel centro de trabajo, motivó la resolución empresarial objeto de impugnación. La ausencia en el proceso de esa representación laboral, a pesar de su activa y descrita participación, pone de manifiesto la existencia de un litis consorcio pasivo necesario, que sanciona el artículo 138.2 LPL al disponer que “Igualmente deberán ser demandados los representantes de los trabajadores cuando, tratándose de traslados o modificaciones de carácter colectivo -de que ahora se trata conforme a lo ya consignado-, la medida cuente con la conformidad de aquéllos -que también acontece-”, lo cual nos lleva a anular las actuaciones desde la admisión de la demanda a los efectos del artículo 81.1 LPL. Por todo ello,

**Fallamos**

Estimamos sustancialmente el recurso de suplicación de la Confederación de Sindicatos Independientes de Funcionarios contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Orense, de 29 de marzo de 2.000 en autos nº 168/2000, que revocamos, declaramos la adecuación del procedimiento de conflicto colectivo para conocer y decidir la demanda, así como, de oficio, la nulidad de las actuaciones desde la presentación de aquélla a los efectos señalados en el fundamento de derecho cuarto 3<sup>a</sup> de la presente sentencia.

**2985 RECURSO N° 2.857/00**

S. S.

**DESPEDIMENTO      PROCEDENTE      POR  
TRANSGRESIÓN      DA      BOA      FE  
CONTRACTUAL.**

Ponente: Ilmo. Sr. Don José María Mariño Cotelo

A Coruña, a veintiséis de junio 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. 2.857/00 interpuesto por don J.C.C.R. 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 J.C.C.R. en reclamación de despido siendo demandado “G., S.A.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 731/99 sentencia con fecha seis de abril 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.- Probado que el demandante viene prestando servicios en la empresa “G., S.A” desde el 02.02.88, con la categoría profesional de oficial administrativo y salario de 117.767 pesetas mensuales, incluido el prorrato de pagas extraordinarias, en el centro de trabajo radicado en c/... Ourense y dedicado a la actividad de venta de electrodomésticos./ Segundo.- La demandada

el día 16 de agosto de 1999 comunica por escrito al demandante lo siguiente: “Sr. don J.C.C.R.- Ourense, 16 de agosto de 1999.- Muy Sr., mío por la presente se le comunica que con la fecha arriba indicada queda Ud. despedido de la empresa “G., S.A”, en base a los siguientes motivos:- La desaparición del almacén del siguiente material: - Un horno, marca Ariston y un combinado, marca Ariston, que nos consta que ha sido instalado en la casa de su hermano, sin que figura ni pagado ni pendiente de pago. -Un disco duro HD 4,3(sic) don J.L.G.B.U., que usted ha pedido directamente y que no figura ni en almacén ni nota alguna pendiente de pago.- Así mismo se le comunica que tiene a su disposición la liquidación correspondiente y que se toma la decisión de despido por considerar las faltas muy graves, todo ello de acuerdo con el Estatuto de los Trabajadores.- Atentamente “EL CONSEJERO DELEGADO”./ Tercero.- En diciembre de 1998 A.C.R. hermano del demandante, compró varios electrodomésticos a la empresa demandada y por mediación del demandante; electrodomésticos consistentes en un horno marca Ariston, un combinado marca Ariston, una encimera, una campana y un fregadero, dichos electrodomésticos fueron instalados en la casa de A.C.R. a finales de febrero de 1999, el que efectuó una entrega de dinero a cuenta en el mes de marzo. El demandante el día 08.06.99 adquirió para uso particular (pero utilizando el nombre comercial de la demandada) de la empresa “A.C.”, un disco duro HD 4,3 GB UDMA por un importe de 18.021 pesetas./ Cuarto.- El día 14 de julio de 1999 fecha en la que el demandante comenzó el disfrute de vacaciones, el gerente de la empresa comprobó que no existe, en ese momento base documental alguna de la venta de los electrodomésticos ni del disco duro adquirido por el demandante ni consta en la contabilidad de la empresa el que hubiese sido abonado el importe de los mismos, por ello al reincorporarse el demandante a la empresa después de haber disfrutado el periodo vacacional (16.08.99), el gerente de la empresa pregunta al demandante en presencia del Secretario del Consejo de Administración “si tiene alguna nota pendiente de pago a lo que el demandante manifiesta que o hay nota alguna pendiente, por lo que a continuación el gerente pregunta al demandante si los electrodomésticos vendidos a su hermano se habían vuelto a lo que contesta el demandante que lo ignora./ Quinto.- El demandante no ostenta cargo sindical alguno./ Sexto.- Con fecha 08.09.99 se celebró sin avención 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 J.C.C.R. contra “G., S.A” declarando la procedencia del despido del

demandante realizado por la demanda con efectos 16 de agosto de 1999”.

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 J.C.C.R. contra “G., S.A.”, declarando la procedencia del despido del demandante realizado por la demandada con efectos 16 de agosto de 1999 y contra tal pronunciamiento recurre en suplicación el demandante articulando su recurso en base a dos motivos, en el primero de los cuales al amparo del art. 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral, interesa la revisión del relato histórico de la combatida resolución y en el segundo, con amparo procesal correcto, denuncia la infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia.

SEGUNDO. En relación con la revisión de los hechos declarados probados, interesa el recurrente, en primer lugar, que se añada al ordinal tercero la frase “quedando documentada dicha adquisición en el correspondiente albarán de entrada”, invocando, en pro de su pretensión, el documento obrante al folio 26 de autos. Como es sabido, a tenor de reiterada jurisprudencia – Sentencias del Tribunal Supremo de 03.11.89; 21.05.90; entre otras – “el recurso de suplicación por su naturaleza extraordinaria no permite una nueva valoración de la prueba practicada como si de una segunda instancia se tratara, ni la parte interesada puede conseguir modificar los hechos probados si no es por el cauce y con los requisitos legales exigidos por el artículo 190 (hoy 191.b) Ley de Procedimiento Laboral y ello siempre que las pruebas documentales y periciales practicadas pongan de manifiesto un error inequívoco y evidente del juzgador, es decir, que se desprenda de un modo claro y concluyente sin necesidad de acudir a conjeturas o hipótesis más o menos razonables o lógicas”, sin que pueda desdeñarse el hecho de que tampoco es admisible que la parte intente sustituir con su interesado parecer el siempre más objetivo criterio del juzgador. En atención a la antedicha doctrina, ha de rechazarse la modificación pretendida por la parte recurrente en relación con el ordinal tercero de la resolución “a quo”, pues no se evidencia error del juez de instancia en la valoración de los elementos de prueba llevados a cabo en autos que justificase la revisión, habiendo hecho uso de las facultades que le otorga el artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, sin que del documento invocado sea dado extraer la conclusión que postula el recurrente.

TERCERO. Con el mismo amparo procesal pretende la revisión del ordinal cuarto a fin de que se sustituya su redacción por la siguiente: “El día 14 de julio de 1999 el gerente de la empresa comprobó que no existe, en ese momento base documental alguna de la venta de los electrodomésticos ni del disco duro adquirido por el demandante ni consta en la contabilidad de la empresa el que hubiese sido abonado el importe de los mismos, por ello al reincorporarse el demandante a la empresa después de haber disfrutado del período vacacional (16.08.99) el gerente de la empresa pregunta al demandante en presencia del secretario del consejo de administración si tiene alguna nota pendiente de pago a lo que el demandante manifiesta que no hay nota alguna pendiente, por lo que a continuación el gerente pregunta al demandante si los electrodomésticos vendidos a su hermano se habían devuelto a lo que contesta el demandante que lo ignora. El demandante inició sus vacaciones el día 17 de julio de 1999”. Ha de rechazarse la revisión pretendida por cuanto, además de no tener apoyo en prueba hábil al efecto, necesariamente documental y/o pericial, la argumentación de la sentencia se basa en que es en la fecha de comienzo de vacaciones cuando el gerente observa anomalías, siendo así que en el hecho probado cuya modificación se solicita, se hace inequívoca mención al día “14 de julio de 1999 fecha en la que el demandante comenzó el disfrute de sus vacaciones”, sin que en el fundamento jurídico se ofrezca razón o argumento alguno que permita considerar que el juez de instancia hubiese pretendido rectificar la fecha obrante en el ordinal cuarto del relato histórico, por lo que este tribunal ha de considerar como correcta la fecha que obra en el meritado hecho probado cuarto, que por otro lado responde a la consideración extraída por aquel del análisis de la prueba llevada a cabo y singularmente con lo aseverado por la empresa al contestar a la demanda.

CUARTO. Dentro del ámbito de la revisión fáctica, interesa la adición de un nuevo hecho probado, que sería el séptimo, con la siguiente redacción: “El demandante en fecha 15 de octubre de 1999 presentó en el Juzgado de Instrucción papeleta de conciliación del artículo 804 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, previa a la interposición de querella por calumnias”. No hay inconveniente en añadir al relato histórico el texto antedicho al venir apoyado en prueba documental hábil constituida por la obrante a los folios 20 y 21 de autos, con independencia del alcance y valoración que a tal modificación pueda otorgársele en el ámbito de lo jurídico.

QUINTO. En el ámbito de lo jurídico, con amparo procesal correcto denuncia, en un segundo motivo, la infracción de los artículos: 60.2 del Estatuto de los Trabajadores; 55.1 del

Estatuto de los Trabajadores y Jurisprudencia que lo desarrolla; 55.3 y 56 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el artículo 54.1 y 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores y 110 de la Ley de Procedimiento Laboral; 58.1 del Estatuto de los Trabajadores y 1.214 y 1.232 del Código Civil en relación con el 105 de la Ley de Procedimiento Laboral. En primer término, cabe expresar que no resulta acogible la prescripción de la falta determinante de la procedencia del despido, habida cuenta de que la sentencia de instancia calificando, “como mínimo” de grave la conducta del actor indica que el plazo prescriptivo sería de 20 días, en atención al artículo 69 del Estatuto de los Trabajadores, siendo así que, en el caso presente, la empresa tuvo el conocimiento cierto de la comisión de la infracción al entrevistarse el gerente, en presencia del secretario del consejo de administración, con el demandante, el día 16.08.99, cuando éste regresó de vacaciones, pues correspondiendo, en todo caso, a la dirección de la empresa o al órgano de ésta con facultad para ello la potestad de sancionar la falta, el conocimiento no se tiene de forma cabal hasta que la investigación finaliza, de manera que al observar anomalías y llevar a cabo las lógicas gestiones es momento determinante aquel en que la empresa confirma sus sospechas ante las manifestaciones del actor, de modo que el “días a quo” debe concretarse en el 16.08.99 y, consecuentemente, habiéndose producido su despido por carta fechada y con efectos del propio día 16.08.99, no puede sostenerse la existencia de la prescripción invocada por el demandante. En segundo lugar, no puede apreciarse la infracción del artículo 5.1 del Estatuto de los Trabajadores pues no se evidencia la pretendida vaguedad o insuficiencia de los hechos relatados en la carta de despido a los efectos de generar indefensión al trabajador, pues aunque el propio juez de instancia califica de “desafortunada” la redacción de la misma al referirse a la desaparición de los electrodomésticos, concluye en que constan elementos suficientes para imputar al demandante unos hechos que dan lugar al despido, tesis que es compartida por esta sala, pues los requisitos exigidos por el art. 55 del Estatuto de los Trabajadores, han de entenderse suficientemente cumplidos al reunir la comunicación extintiva los datos suficientes para que el actor conociese los hechos que se le imputaban así como la fecha del despido y demás circunstancias relativas a los objetos allí mencionados y a la falta de constancia de su abono o de figurar en el almacén, por lo que no puede acogerse la alegación de indefensión por insuficiencia de hechos en la carta de despido, cuando las imputaciones contenidas en ella le han permitido no sólo un conocimiento cabal de la causa de la decisión extintiva empresarial, sino también la adecuada preparación de los medios de

defensa que consideró procedentes. Asimismo ha de decaer la censura jurídica a que se contrae los apartados tercero, cuarto y quinto del motivo segundo del recurso, pues los hechos que se declaran probados ponen de manifiesto que la actuación del demandante es incardinable en el ámbito del despido procedente al evidenciarse la concurrencia de una situación de transgresión de buena fe y abuso de confianza, siendo así que el juzgador a quo, valorando los distintos elementos de la prueba practicada en autos llega a la conclusión de que ha quedado debidamente probada la existencia de la causa antedicha y la autoría del demandante en los hechos que, según refiere, “en esencia consisten en no dejar huella de la operación mercantil de venta de electrodomésticos a su hermano y del disco duro adquirido por el actor”, sin que en este trámite procesal exista base para sustituir su objetivo criterio por el más subjetivo e interesado de parte, sin olvidar que de reiterada doctrina jurisprudencial - Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1986; 21 de julio de 1988; 4 de febrero de 1991 - se colige que “la buena fe contractual a que se refiere el art. 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores es la que deriva de los deberes de conducta y del comportamiento que el art. 5.a), en relación con el art. 20.2, ambos del referido Estatuto, imponen al trabajador; buena fe en su sentido objetivo, que, constituye un modelo de tipicidad de conducta exigible o, mejor aún, un principio general de derecho que impone un comportamiento arreglado a valoraciones éticas, que condiciona y limita por ello el ejercicio de los derechos subjetivos – artículos 7.1 y 1.258 del Código Civil - con lo que el principio se convierte en un criterio de valoración de conductas con el que deben cumplirse las obligaciones, y que se traduce en directivas equivalentes a lealtad, honorabilidad, probidad y confianza, de tal modo que no cualquier transgresión de la buena fe contractual justifica el despido, sino aquella que por ser grave y culpable suponga la violación trascendente de un deber de conducta del trabajador, esto es, la que tenga calidad bastante para que sea lícita y ajustada a derecho la resolución contractual basada en el incumplimiento del trabajador - art. 1.124 del Código Civil - quien ha de conocer que su conducta viola la buena fe sin necesidad de dolo, pudiendo deberse la causa a su propia negligencia, imprudencia o descuido sin necesidad de un perjuicio económico para la empresa o, incluso, mediante la realización de la conducta sancionable con abuso de confianza, cuando se aprovecha de una especial situación de autonomía en el desarrollo del trabajo o dificultades de control y vigilancia por parte del empresario, para la comisión de la falta”, siendo así que, aseverando la propia mercantil que el actor era el encargado de la caja, la contabilidad y

el almacén, el actor, en su recurso, no duda en afirmar la existencia de confianza por parte de la empresa por cuanto, cuando el representante legal de aquella no estaba, era el actor el que ordenaba al chófer la entrega de los electrodomésticos, sin que, por otro lado, sea dado entender vulnerado el principio de proporcionalidad invocado en base al artículo 58.1 del Estatuto de los Trabajadores pues la decisión de la empresa guarda parangón, en su alcance, a la actuación del demandante, no evidenciándose la vulneración de la carga de la prueba a que se refiere el recurrente en el último apartado del motivo segundo de su recurso, pues obran en autos elementos suficientes para acreditar la comisión por parte del actor de los hechos que justifican la procedencia de su despido.

En consecuencia,

#### **Fallamos**

Desestimando el recurso de suplicación interpuesto por J.C.C.R. contra la sentencia de fecha 6 de abril de 2000, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Ourense, en la presente demanda sobre despido formulada por aquel contra la empresa “G., S.A.”, confirmamos dicha sentencia.

### **2986 RECURSO N° 2.965/00**

S.S.

**INEXISTENCIA DE CONTRATO DE TRABALLO, Ó MEDIAR A PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN SITUACIÓN DE AUTONOMÍA E INDEPENDENCIA.**

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio González Nieto

A Coruña, a veintiséis de junio 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. 2.965/00 interpuesto por don M.E.O.U y Ayuntamiento de Ponteareas contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de Vigo.

#### **Antecedentes de hecho**

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por M.E.O.U. en reclamación de despido siendo demandado Ayuntamiento de Ponteareas y el club “E.M.A.” de Ponteareas en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 643/99 sentencia con fecha 20 de marzo de 2000 por el juzgado de referencia que desestima la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1º) El actor M.E.O.U. daba clases de ajedrez en el centro de servicios sociales, C/..., como profesor desde octubre de 1991.- 2º) En el año 1992, el 25 de marzo, se fundó el club “E.M.A.” de Ponteareas” del que el actor es secretario, y que se inscribió en el registro de clubes, federación y entidades deportivas de Galicia, siendo su presidente J.J.C.D.- 3º) El Ayuntamiento de Ponteareas ha abonado en los ejercicios 98 y 99 a la “E.M.A.” 727.500 y 200.900 ptas. respectivamente.- 4º) En los años 1997, 1998 y 1999 el actor cobraba una cuota mensual a los alumnos que asistían a las clases.- 5º) El club demandado obtenía subvenciones, tanto de la federación de ajedrez como de la Diputación Provincial.- 6º) En septiembre de 1999 el Sr. J.J.C.D. habla con el actor y le dice que el ayuntamiento ya no puede darle el dinero como venía haciendo, y se le planteó ser contratado como autónomo; el actor no quiso y demandó al ayuntamiento, y ya no comenzó a dar las clases de octubre, pese a estar anunciadas.- 7º) El actor sigue dando clases de ajedrez en el Centro Deportivo de Ponteareas y el club de “E.M.A.” de Ponteareas sigue funcionando y recibiendo subvenciones, que el actor recibe, y sigue dirigiendo la escuela.- 8º) Se ha intentado conciliación ante el SMAC.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Debo desestimar y desestimo la demanda que sobre despido ha sido interpuesta por M.E.O.U. contra AYUNTAMIENTO DE PONTEAREAS y CLUB “E.M.A.” de PONTEAREAS, a los que absuelvo.”

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

#### **Fundamentos De Derecho**

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestimando las excepciones de incompetencia de jurisdicción, falta de legitimación pasiva, litis consorcio pasivo necesario y caducidad de la acción y entrando en el fondo del asunto, desestimó la demanda de despido interpuesta

contra el Ayuntamiento de Ponteareas y club “E.M.A.” de Ponteareas, absolviendo a las entidades demandadas, en base a estimar que no se había producido despido, sino que se trataba de un supuesto de desestimiento o abandono. Decisión judicial que es recurrida por el actor, quien pretende por un lado, la revisión de los HDP y por otro, denuncia o censura el derecho aplicado; así como por el Ayuntamiento de Ponteareas, que interesa se modifique el fallo de la sentencia, a fin de que se acojan las excepciones de incompetencia de jurisdicción, falta de legitimación pasiva, falta de litis consorcio pasivo necesario y caducidad de la acción y sin necesidad de entrar en el fondo del asunto se desestime la demanda, interesando igualmente la revisión de los HDP. Como trámite previo y por ser materia de orden público, apreciable incluso de oficio, procede analizar la excepción de incompetencia de jurisdicción alegada para lo que la sala goza de las más amplias facultades –incluso es obligación legal de la misma-, conocer, la totalidad de cuantos actuaciones se han realizado en los autos, sin sujetarse en exclusiva ni a la relación de HP, ni a la revisión solicitada, ni a la decisión judicial dictada en instancia, ni tampoco a las alegaciones y argumentaciones que figuren en los escritos de recurso e impugnación. Para una más acertada resolución de esta litis, se ha de tener en cuenta, que el contrato de trabajo no sólo se caracteriza por la ajeneidad, sino también por referirse a un trabajo dependiente (art. 1º.1 y 20.1 del ET). Siendo esta la única nota que permite diferenciar el contrato de trabajo, del civil de arrendamientos de servicios, o como dice el art. 8.1 del mismo cuerpo legal: “Se presumirá existente entre todo el que presta servicio, por cuenta ajena, y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquél”. A tales efectos el art. 1.1 del ET configura como relación laboral, la de aquellos trabajadores que voluntariamente prestan sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona física o jurídica denominada empleador o empresario; derivándose de ello, que las notas que configuran la relación de carácter laboral son: a) El carácter voluntario y personal de los servicios prestados; b) la retribución de tales servicios; c) la ajeneidad y d) la incardinación dentro del ámbito de organización, dependencia y dirección del empresario. Examinados los elementos de prueba obrantes en autos, y en especial la prueba de confesión, testifical y documental, conforme a las reglas de la sana crítica, para lo cual, a efectos de pronunciarse sobre este presupuesto de orden público procesal, el tribunal goza de entera libertad, esta sala llega a la conclusión que no existe relación laboral, ni con el Excmo. Ayuntamiento de Ponteareas, ni con el Club

“E.M.A.” de Ponteareas” y ello por las siguientes consideraciones: 1º) El actor M.E.O.U., que ha venido dando clases de ajedrez en el Centro de Servicios Sociales de la Xunta de Galicia, C/..., como profesor desde octubre de 1991, constituyó y fundó en unión de otras cuatro personas, (todas ellas actuando en nombre propio), el 25 de marzo de 1992 el club “E.M.A.” de Ponteareas, entidad deportiva o club sin ánimo de lucro, del que aquél fue secretario y que fue inscrito en el registro de Clubes Federaciones y Entidades Deportivas de Galicia, siendo su presidente J.J.C.D., y desde su creación ha venido impartiendo clases de ajedrez en nombre de dicha escuela, cobrando durante los años 1997, 1998 y 1999 una cuota mensual a los alumnos que asistían a las clases, percibiendo además otras subvenciones por parte del Ayuntamiento de Ponteareas, que en los ejercicios 98 y 99 supusieron 727.500 y 200.900 ptas, así como de la Secretaría Xeral para el Deporte de la Xunta de Galicia; de donde se desprende que faltan los elementos configuradores de la dependencia característica del contrato de trabajo, pues, ni el ayuntamiento de Ponteareas, formalizó contrato alguno con el actor, ni siquiera de forma verbal, para que éste impartiese clases de ajedrez, sino que se limitó a conceder una subvención al citado club, en el que impartía clases sin estar sometido a la dirección y dependencia del ayuntamiento, actuando con total autonomía, organizando los cursos, cobrando y administrando las distintas subvenciones, utilizando para dar clases, los tableros, fichas y relojes de ajedrez que directamente adquiría la “E.M.A.”, sin que tuviese jornada de trabajo establecida, ni formara parte de la plantilla del Ayuntamiento, habiendo decidido por su cuenta, cuando el ayuntamiento dejó de abonarle la subvención y por el presidente de la citada escuela, se le planteó la posibilidad de ser contratado como autónomo, ir a dar clases al Centro Cultural y Deportivo de Ponteareas, llevándose consigo el material de la “E.M.A.”, ficheros, tableros, etc. Y sin que tampoco se dé relación laboral con el club codemandado “E.M.A.” de Ponteareas, pues, como ya se dijo anteriormente, el propio actor dirige la escuela, cobra las subvenciones, y las administra, los niños le pagan a él directamente una cuota y él sólo organiza el trabajo, rigiendo de forma autónoma e independiente la asociación creada sin ánimo de lucro y con la que no le vincula relación laboral alguna; por lo que de conformidad con el art. 3 de la LPL y 9.5 de la LOPJ, procede declarar la incompetencia de esta jurisdicción social para conocer del presente litigio y en consecuencia, y sin entrar en el fondo del asunto, se estima el recurso y se desestima la demanda absolviendo a las demandadas.

**Fallamos**

Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE PONTEAREAS contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Núm. DOS DE VIGO, en fecha 20 de marzo de 2000, autos nº 649/99, y acogiendo la excepción de incompetencia de jurisdicción, debemos revocar y revocamos la sentencia de instancia y en consecuencia, sin entrar a conocer en el fondo del asunto, desestimamos la demanda formulada por don M.E.O.U., con absolución de las entidades demandadas.

**2987 RECURSO Nº 2.627/00**

S.S.

CARÁCTER NON LIBERATORIO DE FINIQUITO, QUE XUSTIFICA A DEMANDA POR DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE.

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

A Coruña, a treinta de junio de dos mil.

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

**SALARIO BASE**

Cotización cont. comunes.  
Cotiz. Form. Profesión.  
Cotiz. desempleo  
Cotización IRPF.

**FINIQUITO:**

Parte proporcional vacaciones  
P.P. extra Julio (Finiquito)  
P.P. extra navidad (Finiquito)  
Indemnización despido  
Cotización cont.comunes  
Cotización IRPF

**En nombre del Rey**  
ha dictado la siguiente

**SENTENCIA**

En el recurso de suplicación núm. 2.627/00 interpuesto por don J.V.G. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de Ourense.

**Antecedentes de hecho**

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don J.V.G. en reclamación de despido siendo demandada la empresa "A.B.F." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 113/00 sentencia con fecha 31 de marzo 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 actor don J.V.G., vino prestando servicios para la empresa de don A.B.F., mediante un contrato eventual por circunstancias de la producción, cuyo objeto era acumulación de tareas por temporada de verano, prorrogado en fechas 26.11.99 hasta el 10.10.00, con la categoría profesional de Camarero y percibiendo un salario de 121.548.- ptas. incluida prorrata de pagas extras. SEGUNDO.- En fecha 14.01.00 fue despedido de forma verbal por el demandado, firmando una nómina por el período 1 a 14 de enero con los siguientes conceptos:

DEVENGOS	DEDUCCIONES
48.619.-	2.679.-
	57.-
	912.-
	972.-
40.421.-	
40.227.-	
4.052.-	
70.376.-	
1.833.-	663.-
	1.694.-

entregándosele un certificado de empresa por la demandada, cuyo contenido por constar en autos se da por reproducido. TERCERO: El actor no ostenta ni ha ostentado durante el último cargo representativo de los trabajadores. CUARTO: En fecha 21.01.00, el actor presentó papeleta de conciliación por Despido, celebrándose el acto en fecha 04.02.00, sin efecto y presentando demanda el actor en fecha 18.01.00.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:  
"FALLO: Que desestimando la demanda formulada por don J.V.G., contra don A.B.F., debo absolver y absuelvo a la empresa demandada de la pretensión ejercitada por el actor contra 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.-** Recurre el actor en solicitud de que con revocación de la sentencia de instancia, se estime la demanda de despido, declarando la improcedencia del sufrido con sus consecuencias legales, a cuyo efecto y al amparo del art. 191.c) L.P.L. denuncia (motivo único) la infracción de los arts. 54 y 55 y 49.1.a) del E.T. y 1.282 del C. Civil y de la doctrina contenida en las sentencias del T.S. de 30.09.92, 01.07.96 y 24.06.98 y del T.S.J. de Cantabria de 11.06.99.

**SEGUNDO.-** Incombatisdos los H.D.P., de ellos se desprende lo fundamental siguiente: A) El actor vino prestando servicios para el empresario don A.B.F. mediante un contrato eventual (suscripto el 26.08.99) cuyo objeto era “acumulación de tareas por temporada de verano”, prorrogado en 26.11.99 hasta el 10.10.00, como camarero y salario mes, con prorratoe, de 121.548 ptas. (H.P. 1º). B) En 14.01.00 el actor fue despedido “de forma verbal por el demandado” (H.D.P. 2º), firmando una nómina por el período 1 a 14 de enero con los conceptos que se dicen en el H.P. 2º; nómina que obra aportada al folio 36; también se le entregó el certificado del folio 34. Y C) En fecha 21.01.00 el actor presentó conciliación por despido, celebrándose sin efecto el acto el 04.02.00, sin que al mismo hubiese comparecido la empresa (H.P. 4º).

**TERCERO.-** La sentencia del T.S. de 24.06.98 (Ar. 5.788), que se invoca expresamente en el recurso, tras distinguir entre ‘lo que es simple constancia y conformidad a una liquidación de lo que es aceptación de la extinción de la relación laboral’, señala textualmente lo siguiente: “...La ejecutividad de esta decisión, con su efecto inmediato de cese de las prestaciones básicas del contrato de trabajo, lleva a que la aceptación del pago de la liquidación de conceptos pendientes - normalmente, las partes proporcionales devengadas de conceptos de periodicidad superior a la mensual, pero también otros conceptos- coincida con el cese y pueda confundirse con la aceptación de éste. Pero la aceptación de estos pagos ante una decisión extintiva empresarial no supone conformidad con esa decisión, aunque la firma del documento parte de que se ha producido esa decisión y de sus efectos reales sobre el vínculo. En realidad, para que el finiquito suponga aceptación de la extinción del contrato debería incorporar una voluntad unilateral del trabajador de extinguir la relación, un mutuo acuerdo sobre

la extinción o una transacción en el que se acepte el cese acordado por el empresario.” Y a partir de ello, esta sentencia concluye: “La aplicación de estos criterios interpretativos lleva en el presente caso a negar que el documento firmado por el trabajador suponga aceptación de la extinción del contrato de trabajo, pues los términos se concretan al reconocimiento del pago de la liquidación y, desde luego, a la conformidad con ésta, pero sólo respecto a las retribuciones que la trabajadora tendría derecho a percibir como consecuencia de la relación de trabajo a la que puso fin la denuncia empresarial del término. Es cierto que se reconoce que la liquidación se practica por el cese en la empresa. Pero esto es sólo el reconocimiento de una circunstancia que parte de la realidad y ejecutividad de la decisión empresarial como determinante del saldo, sin que sea posible deducir una conformidad con aquélla. Y lo mismo cabe decir de la mención que da por percibidos todos los <emolumentos... que puedan pertenecerme en el futuro>, que es o una renuncia inválida a retribuciones futuras a devengar o, simplemente, una declaración, expresada sin acierto, de que no se tiene nada que reclamar en el futuro como retribución por trabajo ya prestado”. En función de esta argumentación y doctrina, y también de la sentada por la sentencia del T.S. de 30.09.92 en el sentido de que el finiquito ha de estar sujeto a las reglas de interpretación de los contratos (art. 1.281 y sig. C. Civil) “pues no se trata de una fórmula sacramental con efectos preestablecidos y objetivados”, el recurso ha de prosperar a la vista de los H.D.P., de que anteriormente se dejó hecha mención, considerando el Tribunal que no se ajusta a derecho la decisión de instancia de desestimar la demanda, sin que resulte viable su argumentación al efecto (“...pues si bien, inicialmente éste -en alusión al despido- existió, desde el mismo momento en que el actor acepta el pago de la indemnización legal que le corresponde, realiza un acto inequívoco de aceptación de la extinción de la relación laboral...”).

**CUARTO.-** Tras ser despedido verbalmente el día 14.01.00, como declara la sentencia recurrida en el H.P. 2º y reitera en su Fto. J. único, el actor, si bien firmó una nómina por el período 1 al 14.01.00 y en la que se incluían, bajo el epígrafe “finiquito”, los conceptos (H.P. 2º) de p/p vacaciones y extras e indemnización por despido, en ella no explicitó voluntad alguna por su parte en el sentido de aceptar la extinción del contrato de trabajo acordada unilateralmente por la empresa, de tal manera que como tal no la supone (doctrina jurisprudencia antes citada) la mera aceptación de la liquidación practicada por su cese (acordado éste unilateralmente por el

empresario, pues es H.P. que el actor fue despedido de forma verbal) en absoluto se está en presencia de un finiquito con valor liberatorio para el empresario, de un acto de aceptación o conformidad por parte del trabajador de la decisión extintiva empresarial. Decretada por la empresa la ruptura de la relación laboral a través de un despido, es factible que el trabajador afectado resuelva optar voluntariamente por admitir tal ruptura, transformando definitivamente con ello (y en este sentido, S.T.S. de 09.03.90) el inicial acto unilateral empresarial en un mutuo acuerdo extintivo que pone fin a aquella (incluso y en todo caso a través de una dimisión). Pero cuando en estos casos se pretende que la expresión y/o materialización de la voluntad de admisión de la ruptura sea un documento-finiquito, para ello resulta imprescindible que éste incorpore una declaración de voluntad-libre y consciente e inequívoca- del trabajador al efecto, que explice el mutuo acuerdo extintivo o el cese laboral aceptado. La "nómina" del H.P. 2º que firmó el actor no la contiene, incluso aparece la firma bajo un mero "recibí" (sin siquiera un "conforme"), y también el certificado de empresa que se le entregó (H.P. 2º) indica como causa del cese la de "despido"; y por ello, y porque la mera firma de la liquidación practicada por la empresa no supone por sí sola o en sí misma la aceptación precisa del cese laboral, no puede dársele aquella eficacia jurídica, el valor liberatorio que ha deducido el juzgador de Instancia. Por otro lado, la conducta subsiguiente del trabajador no hace sino ratificar lo expuesto, habiendo demandado en plazo a la empresa, que ni siquiera compareció al acto conciliatorio ante el S.M.A.C.; empresa que una vez que ha despedido tampoco puede privar al trabajador de la acción correspondiente por una decisión propia unilateral posterior (al efecto, S. del T.S. de 01.07.96), sin que en el caso presente aparezca, según ya quedó razonado, mutuo acuerdo extintivo o aceptación del cese ó dimisión por parte del trabajador. En definitiva, el documento suscrito por el actor carece del oportuno valor liberatorio y extintivo de la relación laboral, que enervaría el despido acordado por la empresa, no siendo posible admitir que se hubiera puesto fin a la relación laboral de autos por y/o con la propia voluntad del trabajador. Consecuentemente, manteniendo eficacia y vigencia como tal el despido verbal que se declara en la sentencia de instancia habido el día 14.01.00, el mismo constituye despido improcedente por aplicación de lo dispuesto en el art. 55, números 1 y 4 E.T.; y con los efectos del art. 56 de la misma disposición legal y 108 y 110 L.P.L., dado que fue verbal y sin causa legal explicitada alguna,

operando sobre una relación laboral vigente y con una duración prorrogada al menos (H.P. 1º) hasta el 10.10.00. La indemnización se calcula sobre el salario fijado en el H.P. 1º y en función de la antigüedad determinada por la suscripción del contrato a que alude el H.P. 1º (que consta lo fue el 26.08.99) hasta el despido ocurrido el 14.01.00, dando la cantidad fijada en el fallo. Respecto de los salarios, procede condenar como dice el art. 56.1.b) E.T. y con la previsión el art. 57 E.T. Sin perjuicio de ello, lo derivado de la nómina del H.P. 2º podría propiciar en su momento y en su caso una cierta y legítima liquidación de cuentas en concretos extremos.

### **Fallamos**

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por don J.V.G. contra la sentencia de fecha 31.03.00 dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Ourense en autos nº 113/2000, Revocamos dicha sentencia; y consecuentemente, estimando la demanda interpuesta contra don A.B.F., declaramos improcedente el despido sufrido por el trabajador y condenamos al demandado Sr. B. a que en el plazo de los 5 días siguientes a la notificación de la presente resolución opte entre la readmisión del actor don J.V.G. en las mismas condiciones anteriores o le abone una indemnización de 70.931 ptas., en ambos supuestos con abono igualmente de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido 14.01.00- hasta la notificación de la presente resolución a razón del salario diario de 4.052 ptas.; en todo caso en los términos previstos en el art. 56.1.b) E.T. y con la posible utilización por parte de la empresa y en forma oportuna de lo previsto en el art. 57 E.T. Caso de no optar la empresa en aquel plazo, se entenderá que procede la readmisión.

**2988 RECURSO N° 2.816/00**

S.S.

**NULIDADE DE FINIQUITO, QUE XUSTIFICA A INTERPOSICIÓN DE DEMANDA POR DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE.**

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Luis Martínez López

A Coruña, a treinta de junio 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. 2.816/00 interpuesto por empresa “E., S.L.” y “C.H.N.” y Ministerio de Medio Ambiente contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de Ourense.

**Antecedentes de hecho**

**PRIMERO.**- Que según consta en autos nº 26/00 se presentó demanda por doña M.J.A.L. en reclamación de despido siendo demandada la empresa “E., S.L.”, “C.H.N.” y el Ministerio de Medio Ambiente en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 1 de marzo de 2000 por el juzgado de referencia que estimó en parte la demanda.

**SEGUNDO.**- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “**PRIMERO.**- La actora doña M.J.A.L., suscribió en fecha 30 de enero de 1995 contrato para obra o servicio determinado con la empresa “E., S.L.”, cuyo objeto era “realización de trabajos relativos a las inscripciones de los aprovechamientos de aguas previstos en el artículo 52 de la Ley 29/85 de 2 de agosto de aguas y autorizaciones de obras acumuladas en las oficinas de Ourense” para prestar servicios en el centro de trabajo “C/…, con la categoría de auxiliar administrativo, contrato que duró hasta el 30 de septiembre de 1996. La actora percibió prestaciones de desempleo de nivel contributivo desde el 1 de octubre de 1996 al 30 de octubre de 1996.- En fecha 1 de noviembre de 1996 suscribió nuevo contrato para obra o servicio determinado con la citada empresa, cuyo objeto era “realización de trabajos relativos a proyectos y documentos de obras y aprovechamientos hidráulicos en las cuencas de los sistemas Miño Bajo, Sil interior y Limia, provincias de Ourense y Pontevedra” con la categoría profesional de auxiliar administrativo, percibiendo un salario mensual de 147.000 pts. incluida prorrata de pagas extras.- **SEGUNDO.**- En fecha 14 de noviembre de 1999 la actora recibió comunicado de preaviso de cese, informándole que el día 30 de noviembre de 1999 finalizaban los trabajos objeto de su contrato. En fecha 30 de noviembre de 1999 firmó junto con la empresa “E., S.L.” el siguiente documento: “doña M.J.A.L., que viene prestando sus servicios en esta empresa, desde el 01.11.96 con la categoría de auxiliar administrativo, causa baja en la misma por finalización del contrato con fecha 30.11.99 en la que queda rescindido el contrato de trabajo. Y

declara formalmente recibir la cantidad de 295.979 pts en concepto de SALDO Y FINIQUITO de todos los importes que la empresa pueda adeudar como consecuencia de la relación laboral existente hasta el día de la baja, comprometiéndose a nada más pedir ni reclamar a la empresa por concepto salarial alguno”.- Firmó además una nómina-liquidación percibiendo 117.000 pts de salario base y 205.800 pts en concepto de parte proporcional diciembre y beneficios.- **TERCERO.**- La actora durante el tiempo que prestó servicios mediante los dos contratos señalados en el hecho probado primero, lo hizo en las dependencias de la “C.H.N.”, presta servicios en la sección de denuncia, dedicándose a archivar expedientes, pasar informes y atención al público en lo relativo a procedimientos sancionadores.- En Ourense, mientras duraron ambos contratos no estaba ningún representante de la empresa “E., S.L.” que le diera órdenes o instrucciones.- **CUARTO.**- En fecha 28 de noviembre de 1994 se suscribió entre el presidente de la “C.H.N.” y la empresa “E., S.L.”, contrato de ejecución de trabajos relativa a asistencia técnica a la comisaría de aguas de la confederación Hidrográfica del norte para la realización de trabajos relativos a las inscripciones de los aprovechamientos de agua previstos en el artículo 52 de la Ley 29/85 de 2 de agosto, de aguas y a las autorizaciones de obras acumuladas en las oficinas de Ponferrada (León) y Ourense por un plazo de veinticuatro meses. Dicho contrato por constar en autos se da por reproducido, así como su pliego de bases se dan por reproducidos.- En fecha 7 de octubre de 1996 se suscribió nuevo contrato por ambas partes de ejecución de trabajos relativos a la asistencia técnica a la comisión de aguas de la confederación para la ejecución de trabajos relativos a proyectos de obras y aprovechamientos hidráulicos en los cauces de los sistemas Miño Bajo, Sil interior y Limia, Ourense y Ponferrada, con estricta sujeción al pliego de bases aprobado por la administración por un tiempo de ejecución de tres años. El citado contrato y su pliego de bases por constar en autos se dan por reproducidos.- Por la empresa “E., S.L.” para contratar a la actora para el primer contrato se realizó un proceso de selección que fue anunciado en la prensa local.- **QUINTO.**- La actora solicitó prestaciones de desempeño, teniendo reconocido a los mismos desde el 1 de diciembre de 1999 y hasta el 30 de noviembre de 2000.- **SEXTO.** La actora no ostenta ni ha ostentado cargo representativo de los trabajadores durante el último año.- **SÉPTIMO.**- Formulada reclamación previa en fecha 20 de diciembre de 1999 y celebrado acto de conciliación en fecha 10 de enero de 2000 la

actora presentó demanda ante el Juzgado de lo Social Decano el 13 de enero de 2000.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que estimando en parte la demanda formulada por doña M.J.A.L. contra la empresa “E., S.L.” la “C.H.N.” y el MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE, debo declarar y declaro IMPROCEDENTE el despido de la actora, condenando a los demandados a que conjunta y solidariamente, en plazo de CINCO DIAS opten entre readmitirla en su puesto de trabajo en iguales condiciones que antes del despido o le abonen una Indemnización de SEISCIENTAS SETENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTAS TREINTA PESETAS (679.630 pts), con abono en cualquier caso de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la de notificación de la presente Sentencia”.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandadas 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 declara improcedente el despido de la actora condenando a los demandados a que, conjunta y solidariamente, en el plazo de cinco días opten entre readmitirla en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que antes del despido o le abonen una indemnización de 679.630 Pts, con abono en cualquier caso de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la de notificación de la presente sentencia. Dicha resolución es recurrida por la empresa “E., S.L.” y por la “C.H.N.” Y MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE, para denunciar la infracción del artículo 49.1.a) del Estatuto de los Trabajadores, en relación con los artículos 1.265, 1.281 y 1.282 del Código Civil alegando, en síntesis, que la literalidad del documento en la que se anudan las expresiones de cese en la empresa con las de saldo y finiquito, unidas a que la actora estaba previamente informada de su cese en la empresa mediante un preaviso recibido y una inicial conformidad con tal situación, avalan una interpretación diferente a la que la sentencia obtiene, por lo que resulta claro el consentimiento y la aceptación extintiva de la relación laboral; también se denuncia la infracción de los artículos 15, 43, 49.1.b) y c), 55 y 56 del E.T., en relación con el artículo 6.4 del Código Civil, al considerar que ni se deduce la existencia de fraude legal de clase alguna ni que se haya desnaturalizado el contrato celebrado entre la actora y la codemandada “E., S.L.”, ni nos encontramos en una cesión ilícita de personal, sino en una coherente utilización de

las previsiones que el artículo 42 del E.T. regula. Como se deduce ambos recursos de suplicación sostienen el carácter liberatorio del saldo y finiquito firmado por la actora el día 30 de noviembre de 1999, obrante al folio 66 de las presentes actuaciones y combaten, con diferentes argumentos, la inexistencia de fraude de ley que la sentencia de instancia atribuye al contrato de obra o servicio determinado celebrado por no adaptarse a las funciones encomendadas a la actora ya que las realizadas por ésta corresponden a necesidades permanentes de la administración. Es evidente la relación íntima que guardan los dos motivos expuestos, si tenemos en cuenta que la firma de un finiquito para poner fin a una relación laboral celebrada en fraude de ley ha de entenderse que manifiesta un negocio jurídico con causa torpe o con vicio del consentimiento (error – dolo) lo que ha de determinar su carencia de eficacia, impidiendo que pueda ser considerado como manifestación de un mutuo acuerdo que justifique lo que pudiera ser calificado como un cese arbitrario y unilateralmente impuesto. De ahí que se haga necesario el examen conjunto de ambos motivos, aunque por razones de orden práctico corresponda examinar en primer lugar la naturaleza del contrato de trabajo que ligaba a las partes, ya que el análisis del efecto liberatorio que las recurrentes atribuyen al finiquito depende en buena medida de que no exista fraude de ley en la contratación. Para una mejor comprensión de la cuestión debatida es necesario partir de los siguientes datos o circunstancias: a) “En fecha 28 de noviembre de 1994 se suscribió entre el presidente de la “C.H.N.” y la empresa “E., S.L.”, contrato de ejecución de trabajos relativa a asistencia técnica a la comisaría de aguas de la confederación Hidrográfica del norte para la realización de trabajos relativos a las inscripciones de los aprovechamientos de agua previstos en el artículo 52 de la Ley 29/85 de 2 de agosto, de aguas y a las autorizaciones de obras acumuladas en las oficinas de Ponferrada (León) y Ourense por un plazo de veinticuatro meses. Dicho contrato por constar en autos se da por reproducido, así como su pliego de bases se dan por reproducidos.- En fecha 7 de octubre de 1996 se suscribió nuevo contrato por ambas partes de ejecución de trabajos relativos a la asistencia técnica a la comisión de aguas de la confederación para la ejecución de trabajos relativos a proyectos de obras y aprovechamientos hidráulicos en los cauces de los sistemas Miño Bajo, Sil interior y Limia, Ourense y Ponferrada, con estricta sujeción al pliego de bases aprobado por la administración por un tiempo de ejecución de tres años. El citado contrato y su pliego de bases por constar en autos se dan por reproducidos.”; b) “La

actora doña M.J.A.L., suscribió en fecha 30 de enero de 1995 contrato para obra o servicio determinado con la empresa “E., S.L.”, cuyo objeto era “realización de trabajos relativos a las inscripciones de los aprovechamientos de aguas previstos en el artículo 52 de la Ley 29/85 de 2 de agosto de aguas y autorizaciones de obras acumuladas en las oficinas de Ourense” para prestar servicios en el centro de trabajo “C/..., con la categoría de auxiliar administrativo, contrato que duró hasta el 30 de septiembre de 1996. La actora percibió prestaciones de desempleo de nivel contributivo desde el 1 de octubre de 1996 al 30 de octubre de 1996.- En fecha 1 de noviembre de 1996 suscribió nuevo contrato para obra o servicio determinado con la citada empresa, cuyo objeto era “realización de trabajos relativos a proyectos y documentos de obras y aprovechamientos hidráulicos en las cuencas de los sistemas Miño Bajo, Sil interior y Limia, provincias de Ourense y Pontevedra” con la categoría profesional de auxiliar administrativo, percibiendo un salario mensual de 147.000 pts incluida prorrata de pagas extras.” y c) “En fecha 14 de noviembre de 1999 la actora recibió comunicado de preaviso de cese, informándole que el día 30 de noviembre de 1999 finalizaban los trabajos objeto de su contrato. En fecha 30 de noviembre de 1999 firmó junto con la empresa “E., S.L.” el siguiente documento: “doña M.J.A.L., que viene prestando sus servicios en esta empresa, desde el 01.11.96 con la categoría de auxiliar administrativo, causa baja en la misma por finalización del contrato con fecha 30.11.99 en la que queda rescindido el contrato de trabajo. Y declara formalmente recibir la cantidad de 295.979 pts en concepto de SALDO Y FINIQUITO de todos los importes que la empresa pueda adeudar como consecuencia de la relación laboral existente hasta el día de la baja, comprometiéndose a nada más pedir ni reclamar a la empresa por concepto salarial alguno”.- Firmó además una nómina-liquidación percibiendo 117.000 pts de salario base y 205.800 pts en concepto de parte proporcional diciembre y beneficios.” Lo expuesto permite deducir a) que los servicios que ha venido prestando la actora en la sección de denuncias de las dependencias de la “C.H.N.” de Orense, dedicándose a archivar expedientes, pasar informes y atender al público en la tramitación de expedientes sancionadores, nada tienen que ver con las funciones encomendadas en el contrato de obra o servicio determinado en el que para nada se contemplaban tareas de atención al público como vino desempeñando la actora; b) que las funciones realizadas por aquella se identifican claramente con necesidades permanentes de la administración como corresponde a la tramitación de

expedientes sancionadores, lo que no se compagina en modo alguno con la modalidad contractual de obra o servicio que regulaba la relación laboral entre las partes, ya que dicha modalidad no es admisible para la ejecución de actividades normales y permanentes de la empresa y c) que todas las tareas realizadas por la actora se desarrollaron en las dependencias de la “C.H.N.”, atendiendo a las órdenes e instrucciones que la daba el jefe de la sección donde prestaba sus servicios, lo que viene a demostrar, de manera inequívoca que lo que hizo la empresa “E., S.L.” ha sido contratar temporalmente a la demandante para cederla a la “C.H.N.” mientras durase el contrato de ejecución celebrado entre ambas. Siendo ello así se ha de concluir, según reiterada doctrina del Tribunal Supremo (entre otras sentencias de 06.07.90, Rec. 7.311/90 y 29.05.93, Rec. 3.099/93), que la firma por la trabajadora del recibo de finiquito, al que repetidamente se alude en los escritos de los recursos de suplicación presentados por ambas demandadas, quedó privado de validez lo que impide aceptar las tesis expuestas por los recurrentes de situar la causa de extinción del contrato en el común y mutuo acuerdo, que nunca pudo haber existido en una relación laboral celebrada en fraude de ley. Todo lo cual conlleva la desestimación de los recursos de suplicación formulados y la confirmación de la resolución recurrida. En consecuencia,

### **Fallamos**

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la empresa “E., S.L.” y por la “C.H.N.” Y MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número uno de Ourense de fecha uno de marzo de 2000, confirmándose la expresada resolución.

**2989 RECURSO N° 2.962/00**

S.S.

**DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE POR  
INEXISTENCIA DE TRANSGRESIÓN DA  
BOA FE CONTRACTUAL.**

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

A Coruña, a treinta de junio 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. 2.962/00 interpuesto por don J.C.G., G.C.G., M.A.G. y panadería “H.C., C.B.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. dos de Vigo.

**Antecedentes de hecho**

**PRIMERO.-** Que según consta en autos se presentó demanda por doña M.P.F.J. en reclamación de despido siendo demandados la panadería “H.C., C.B.” constituida por J.C.G., G.C.G. y M.A.G. y el fondo de garantía salarial en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 120/2000 sentencia con fecha 13 de abril de dos mil por el juzgado de referencia que estimó la demanda.

**SEGUNDO.-** Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “I.- La actora, M.P.F.J. ha venido trabajando para la empresa demandada desde el 18.02.98, con la categoría profesional de limpiadora y retribución mensual de 108.229 ptas. incluido el prorratoe de gratificaciones extraordinarias./ II.- La referida empresa se dedica a la actividad de panadería./ III.- El día 24.01.00 y efectos de esa fecha, la actora fue despedida mediante carta en la que se le imputa lo siguiente: “Muy sra. mía: Le remito la presente para indicarle que la dirección de esta empresa ha adoptado la decisión de proceder a su despido disciplinario, en base a lo dispuesto en el art. 54 apartado d) del Estatuto de los Trabajadores, es decir, por transgresión de la buena fe contractual. Desde el 27.10.99 Vd. se encuentra de baja por I.T., por lo que desde la indicada fecha no ha podido acudir a desempeñar su puesto de trabajo en esta

empresa, por motivo de su enfermedad, sin embargo, se ha corroborado que pese a encontrarse actualmente en tal situación laboral presta sus servicios laborales como limpiadora en otras empresas, lo que como antes se ha indicado supone una clara transgresión de la buena fe, que solamente puede tener como sanción ante la gravedad de la misma la resolución de su contrato por despido disciplinario. Ante la indiscutible evidencia de realización de trabajos en el nº 23 de la C/..., en labores propias de limpieza, al igual que para la que fue contratada para esta empresa, así como la prestación laboral en la C/..., en la limpieza de las escaleras y portal para la comunidad de dicho edificio, es evidente el engaño que está realizando a esta empresa que es contrario a toda ética profesional. Como consecuencia de lo relatado y a la gravedad de esta situación es por lo que procede a su inmediato despido. Asimismo se le indica que este despido tendrá efectos desde este mismo día 24 de enero”. IV.- La actora permanece en situación de incapacidad temporal desde el 27.10.99 y por las mañanas acude al domicilio de M.C.G.C., sito en la C/..., con frecuencia, porque está en silla de ruedas y le hace compañía./ V.- La actora no limpia el portal de la Comunidad de Vecinos de la C/...VI.- La actora o es ni ha sido representante de los trabajadores./ VII.- Se ha intentado conciliación ante el SMAC”.

**TERCERO.-** Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Con estimación de la demanda interpuesta contra panadería “H.C., C.B.”, declaro IMPROCEDENTE el despido de que la actora M.P.F.J., ha sido objeto con fecha 24.01.00, y condeno a la parte demandada a que en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de esta sentencia opte entre readmitirle o hacerle entrega de la indemnización de 313.864 Ptas., debiendo en todo caso el empleador hacerle entrega de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido”.

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

**Fundamentos De Derecho**

**PRIMERO.-** Se recurre por la empresa la sentencia que declaró improcedente el despido, pretendiendo en el apartado revisorio –vía art. 191 LPL– la modificación del cuarto y del quinto de los hechos declarados probados. 1.- Se pretende con la variación fáctica que el cuarto ordinal sea indicativo de que “La actora permanece en situación de incapacidad temporal

desde el 27-octubre-99 y por las mañanas acude al domicilio de M.C.G.C., sito en la c/..., donde realiza tareas domésticas”; y que el quinto exprese que “La actora limpia en el portal de la Comunidad de Vecinos de la c/...”. La revisión se basa exclusivamente en falta de prueba o endeblez de la que sirvió a la magistrada para llegar a las conclusiones que expresa, así como en la prueba testifical depuesta por los detectives privados cuyo informe figura unido a las actuaciones; ciertamente se invoca también la cinta de vídeo reproducida en juicio, pero – como refleja el acta: folio 106 vuelto– aquel medio probatorio únicamente acredita que la actora penetró en el inmueble de la C/... (la cinta concluye antes de llegar al inmueble de la C/...), y éste es extremo no solamente admitido por la demandante, por lo que tenía cualidad de conforme y no estaba precisado de prueba alguna, sino que también hecho declarado probado; la cuestión trascendente es la relativa a la razón de ser de esas permanencias en el citado inmueble y sobre ello la cinta de vídeo nada contiene. 2.- Pues bien, toda pretensión modificativa de las conclusiones de hecho a que la juzgadora hubiese podido llegar, necesariamente ha de contar con el oportuno apoyo de documentos o pericias de eficacia incuestionable, en tanto que evidenciadores de error en la valoración de la prueba (tal como expresamente requiere el art. 190.b) LPL), careciendo a tales efectos de toda virtualidad revisoria el abstracto y débil procedimiento – “cómodo expediente”, en usual expresión de la Jurisprudencia– de alegar amparo negativo de prueba o insuficiencia de los instrumentos probatorios para configurar el relato fáctico (a título de ejemplo, las SSTS de 15-enero-90 Ar. 125, 31-mayo-90 Ar. 4.524 y 28-noviembre-90 Ar. 8.614; SSTSJ Galicia –entre las últimas– de 14-diciembre-99 R. 2.677/96, 16-diciembre-99 R. 715/98, 18-febrero-00 R. 277/00, 2-marzo-00 R. 460/97, 3-marzo-00 R. 5449/96, 3-marzo-00 R. 763/97, 17-abril-00 R. 359/97, 4-mayo-00 R. 1.343/00...). No hay que olvidar –como señala unánime doctrina de los tribunales– que el recurso de suplicación no tiene la naturaleza de la apelación ni de se trata de una segunda instancia, sino que resulta ser –SSTC 18/1993, 294/1993 y 93/1997– un recurso de naturaleza extraordinaria, casi casacional, en el que el tribunal *ad quem* no puede valorar *ex novo* toda la prueba practicada en autos”. Naturaleza que se plasma en el art. 191 LPL (STC 294/1993, de 18-octubre), cuya regulación evidencia que para el legislador es al Juez de instancia, cuyo conocimiento directo del asunto garantiza el principio de inmediación del proceso laboral, a quien corresponde apreciar los elementos de convicción –concepto más amplio que el de medios de prueba–, para establecer la verdad

procesal intentando su máxima aproximación a la verdad real, valorando, en conciencia y según las reglas de la sana crítica, la prueba practicada en autos conforme a las amplias facultades que a tal fin le otorgan los arts. 632 y 659 LEC, así como el art. 97.2 LPL. Por ello, y tal como tenemos recordado en precedentes ocasiones (así, recientemente, en las sentencias de 21-enero-00 R. 5385/99 y 17-abril-00 R. 359/97), el juez de instancia es el único competente para valorar en su integridad la prueba, por cuanto que conoce de la cuestión suscitada en instancia única, a través de un juicio regido por los principios de inmediación, oralidad y concentración, siendo así que la potestad jurisdiccional conlleva, al nivel fáctico y con carácter privativo, la admisión, pertinencia y práctica de los medios de prueba utilizables y la libre valoración de su conjunto, conforme a las reglas de la sana crítica (STC 17-octubre-94 Ar. 272), lo que implica que el referido juzgador pueda realizar inferencias lógicas de la actividad probatoria llevada a cabo, con la exclusiva limitación de que no sean arbitrarias, irrationales o absurdas (STC 15-febrero-85 Ar. 175), por cuanto –conforme a la STS 31-mayo-90 Ar. 4.524– la facultad de libre apreciación de la prueba otorgada al magistrado no puede convertirse en instrumento que permita llegar a conclusiones fácticas inadmisibles o contrarias a la más elemental lógica jurídica, y que su libre apreciación sea además razonada para que las partes puedan conocer el proceso de deducción lógica del juicio fáctico seguido por el órgano judicial (STC 15-febrero-90 Ar. 24), en el que incluso cuenta como elemento de convicción la conducta de las partes en el proceso (SSTCT 4-abril-75 Ar. 1.660, 5-octubre-77 Ar. 4.607, y STS 12-junio-75 Ar. 2.709), lo que determina que el Tribunal Superior haya de limitarse normalmente a efectuar un mero control de la legalidad de la sentencia y sólo excepcionalmente pueda revisar sus conclusiones fácticas, reservándola –supuesto de que se haya practicado la “mínima actividad probatoria” a que se refieren la SSTCT 12-junio-87 Ar. 13.090, TC 37/1985, de 8-marzo, TS 21-marzo-90 Ar. 2.204 y TSJ Galicia 20-abril-96 R. 813/94, 22-mayo-96 R. 4.668/93, 28-junio-96 R. 2.824/96, 15-octubre-96 R. 4.269/96, 23-septiembre-97 R. 538/95, 25-noviembre-98 R. 4.263/98, 17-diciembre-98 R. 4.717/98, 4-noviembre-99 R. 4.742/97 y las ya indicadas de 21-enero-00 y 17-abril-00– para cuando de algún documento o pericia obrante en autos e invocado por el recurrente pongan de manifiesto de manera incuestionable el error del juez «*a quo*», sin que esté permitido acudir a hipótesis, conjeturas, especulaciones o razonamientos más o menos lógicos, que siempre implican ausencia de lo evidente, o

cuando los razonamientos que han llevado al magistrado a su conclusión fáctica, a los que debe referirse en los fundamentos de derecho – art. 97.2 LPL–, carezcan de la más elemental lógica, por no haberse ajustado la valoración de la prueba a la sana crítica si es testifical (art. 659 LEC) o al sistema legal si se trata de prueba documental (arts. 1.228 y siguientes CC), tal como reiteradamente ha señalado la jurisprudencia (SSTS 13-octubre-86 Ar. 5.456, 22-marzo-88 Ar. 2.345 y 27-julio-88 Ar. 6.208), de manera que –por regla general– las conclusiones fácticas de la sentencia recurrida han de prevalecer sobre cualquier interpretación objetiva o interesada de la parte recurrente y de su pretensión el criterio objetivo e imparcial del Juzgador de instancia por su personal e interesado criterio. 3.- Independientemente de lo dicho queremos destacar que admitido el acceso reiterado a la vivienda de la C/..., la afirmación de que en ella la actora prestaba servicios como empleada de hogar tiene por única base una presunción, la de que esa rutina no puede sino obedecer más que a un horario de trabajo; y la supuesta actividad como limpiadora en la C/... no tiene más apoyo que la “observación” efectuada en el informe de detectives (folio 104) de que “realizadas las oportunas gestiones en la comunidad de vecinos [...] nos indican que la informada realiza trabajos en el citado edificio y, al parecer, tiene asignada la limpieza del portal lunes y viernes”. Como se evidencia, no solamente no nos hallamos ante un hábil medio revisorio, sino que los indicios resultaban ciertamente escasos en la instancia como para entender acreditadas las tajantes imputaciones que en la carta de despido se hacían. Y frente a esta endeblez probatoria por parte de quien tenía la obligación de probar, la tesis aceptada por la magistrada no solamente contaba con el apoyo que significaba la confesión judicial de la propia trabajadora, medio probatorio establecido por el legislador (arts. 91 LPL, y 1.231 y sigs. CC) y propuesto por la recurrente, sino también de la testifical de varios comuneros del edificio de la C/... y de la declaración –documentada ante Notario– de la inválida a la que la actora hacía compañía; y no hay que olvidar que la trabajadora no tiene que acreditar su inocencia, sino que es la empresa la que se halla obligada a probar la conducta infractora que sanciona.

SEGUNDO.- En el apartado de examen del derecho, el recurso denuncia –por el cauce del art. 191.c) LPL– la infracción por interpretación errónea del art. 54.2.d) Estatuto de los Trabajadores, en relación con los arts. 5 y 20 del mismo cuerpo legal. Si los arts. 55.4 ET y 108 LPL disponen que el despido será declarado improcedente cuando no quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en el escrito de comunicación, el haber rechazado la

modificación de los hechos declarados probados determina que no pueda apreciarse infracción alguna, y menos la transgresión de la buena fe contractual, porque ni consta –como debiera, para prosperar el recurso– que se hubiese realizado actividad alguna como Limpiadora en la C/..., ni están acreditados los servicios de empleada de hogar en la C/... Lo único probado es la mera presencia acompañatoria a una inválida; y esta no es actividad incompatible con la situación de Incapacidad Temporal por depresión, por no comprometer –antes al contrario– el proceso de curación ni evidenciar aptitud laboral alguna. En consecuencia,

#### **Fallamos**

Que con desestimación del recurso interpuesto por panadería “H.C., C.B.”, confirmamos la sentencia que con fecha 13-abril-00 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº dos de los de Vigo, a instancia de doña M.P.F.J. y por la que se acogió la demanda formulada. Asimismo condenamos a la parte recurrente a que por el concepto de honorarios satisfaga 25.000 pts al Sr. letrado de la parte recurrida. Pérdida de depósito y destino legal para la consignación.

**2990 RECURSO N°  
03/0009581/199**

S. CA.

**INEXISTENCIA DE INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA POR FALTA DE ALTA DE TRABALLADORES NO RÉXIME XERAL DA SEGURIDADE SOCIAL.**

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Bautista Quintas Rodríguez

En la Ciudad de A Coruña, treinta de junio 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 03/0009581/1996, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por S.B.A. y otra, C.B., domiciliado en...(A Coruña), representado y dirigido por el letrado don F.M.P.M., contra Resolución de 06.11.96

desestimatoria de recurso de alzada contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña sobre acta de infracción nº 2.093/93, Expte. nº 20.738/94. Es parte la Administración demandada Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, representada por el abogado del Estado. La cuantía del asunto es determinada en 153.000 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 20 de junio 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 6 de noviembre de 1996 por la Subdirección General de Recursos del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, por la que se desestima recurso ordinario interpuesto por doña S.B.A., y otra C.B. contra resolución de la Dirección Provincial de Trabajo de A Coruña de fecha 13 de mayo de 1994 en relación con el Acta de Infracción núm. 2.093/93 de fecha 15 de octubre de 1993 (expte. 1.467/93).

La citada resolución trae su origen del acta de infracción de referencia en la que se considera responsable a las recurrentes de la infracción contenida en el art. 14.1.2 de la Ley 8/88 de 7 de abril, por no haber dado de alta en tiempo y forma a trabajadoras que ingresaron al servicio de la empresa recurrente constituyendo en consecuencia tal hecho infracción grave en grado mínimo a tenor de aquel precepto en relación con los arts. 36.1 y 37.1, por la que resultaron sancionadas con multa de 153.000

ptas. La Administración demandada comparece en el proceso e interesa la desestimación de la demanda por ser conforme a derecho la resolución impugnada.

II. Para la resolución de la presente litis ha de tomarse en consideración los siguientes hechos de conveniente cita: En virtud de vista efectuada a la empresa de referencia el 29 de julio de 1993, a las 12,25 horas, sita en... (A Coruña), dedicada a la actividad de confección en serie de prendas de vestir, se constató por el Servicio de Inspección de Trabajo la prestación de servicios, sentadas en pupitres de trabajo operando con máquinas de coser de doña F.G.G., N.G.M. y M.G.B.B.

Interrogada la representación de la empresa doña G.B.A., sobre la situación laboral de las trabajadoras mencionadas, manifestó que las mismas se encontraban "a prueba" desde el 29.07.93. Se entregó citación escrita a doña G.B.A. para que aportare a las Oficinas de la Inspección, el día 3 de agosto de 1993, a las 10,30 horas, la documentación laboral correspondiente. En base a la documentación aportada y a los informes de la Dirección Provincial de la Tesorería, se comprobó que tales trabajadoras no figuraban de alta en el Régimen General de la Seguridad Social.

Para la solución de la presente litis ha de tomarse en consideración que la actora alega que el día de la visita ya explicó a la Inspección que las trabajadoras se encontraban a prueba desde ese mismo día 29.07.93 y si aún no las había dado de alta era porque desconocía que había que darlas de alta antes del período de prueba, si bien pensaba darlas de alta, una vez concluido este período de los diez días. La Orden Ministerial de 17.01.94 obliga a formular la solicitud de alta como mínimo 5 días antes y como máximo dentro de los 60 días; sólo así el alta en el trabajo y en el Régimen General de la Seguridad Social suelen coincidir; sin embargo a tenor de la normativa que le precede, entre otros, el Real Decreto 1.258/87, de 11 de septiembre, sobre afiliación, altas y bajas de los trabajadores, permitía presentar las comunicaciones de alta dentro del plazo máximo de los 5 días naturales, contados a partir de la iniciación en el trabajo, por lo que no acreditando la Inspección que tales trabajadoras, aún en el período de prueba, han comenzado a prestar servicios para la empresa, y han transcurrido 5 días desde el inicio de su prestación, ninguna infracción procede apreciar a ese escenario temporal en el que se produjo la supuesta infracción. De aquí que se estime que no son de aplicación los preceptos aplicados en las resoluciones objeto de recurso.

En el supuesto de autos, los hechos básicos recogidos en el acta del controlador laboral no son negados por las recurrentes, quienes sin embargo, dan una interpretación diferente de la reflejada por la Inspección, interpretación que ha de prevalecer luego frente a la recogida en el acta, por cuanto que no ha quedado acreditado en autos -como queda dicha- lo vertido por la Inspección en el Acta.

Principios de igualdad y seguridad jurídica imponen seguir aquí idéntico criterio al que sustentamos en nuestra jurisprudencia, en la que se comparte tanto la del TS, como de otros Tribunales Superiores, anterior a la Ley de medidas urgentes de naturaleza administrativa, tributaria y social de diciembre de 1993, cuyo desarrollo efectuó la Orden de 17.01.94 antes citada.

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

III. En el presente caso no son de apreciar, por tanto, motivos determinantes de expresa condena en costas a las recurrentes al no concurrir las circunstancias que, conforme al art. 131 de la Ley Jurisprudencial, 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 S.B.A. y otra, C.B. contra la resolución de fecha 06.11.96 de la Subdirección General de Recursos del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, por la que se desestimó recurso ordinario contra la resolución de la Dirección Provincial de Trabajo de La Coruña de fecha 13.05.94 en relación con el Acta de infracción núm 2.093/93 de fecha 15 de octubre de 1993 (expte. 1.467/93); y en consecuencia declaramos su nulidad y la dejamos sin efecto. Sin imposición de costas.

**2991 RECURSO N°  
03/0009671/1996**

S. CA.

**INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA POR FALTA DE COTIZACIÓN Ó RÉXIME ESPECIAL DE SEGURIDADE SOCIAL DOS TRABALLADORES DO MAR.**

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Bautista Quintas Rodríguez

En la Ciudad de A Coruña, treinta de junio 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 03/0009671/1996, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por L.P.P., con D.N.I./C.I.F... domiciliado en...(A Coruña), representado por don V.L.L. y dirigido por el letrado don J.J.A.R., contra Resolución de 13.11.96 desestimatoria de recurso ordinario contra reclamación de deuda nº..., período 06.94 al 12.94; C.C.C... 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 179.462 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 27 de junio 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 13 de noviembre de 1996 por la Tesorería General de la Seguridad Social por la que se desestima recurso ordinario contra reclamación -formulada por el recurrente- de deuda, comprensiva del período 06.94 al 12.94, por importe de 159.522 ptas., como consecuencia de falta de cotización por el trabajador A.M.S.

El recurrente alega básicamente en relación con el fondo de la cuestión a dilucidar en la presente litis que la comunicación de la baja del trabajador el 15 de junio de 1994, tramitada ante el ISM, Delegación de Cariño, es el nudo gordiano de la cuestión. En efecto, merced a dicha comunicación, que la Tesorería ha ignorado (seguramente por no haber recibido comunicación de la misma o por deficiencias de orden interno) es condición suficiente para considerar válida la baja y como consecuencia de ello el cese de la obligación de cotizar en el período que se le reclama, efecto de la extinción del contrato y prestación de servicios. En concreto el art. 18 del Decreto 2.864/74, de 30 de agosto, que refundió las leyes 116/69 y 24/72, que regulan el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, determina que la obligación de cotizar subsiste sin interrupción hasta la fecha de presentación en regla de la baja del trabajador, salvo que éste continuare reuniendo las circunstancias que determinen su inclusión en el campo de aplicación de dicho Régimen, lo que no acredita la Administración, siendo así que la reclamación de deuda por falta de cotización no procede. La Administración demandada comparece en el proceso e interesa la desestimación de la demanda por ser conforme a derecho la resolución impugnada.

II. Para la resolución de la presente litis son hechos de conveniente cita los siguientes: El hoy recurrente enroló según usos y costumbres del mar, a don A.M.S. en su embarcación "E." de la que es armador, con fecha 1 de abril de 1992, mediante contrato celebrado de palabra -según manifiesta- abonando las cotizaciones relativas a ese trabajador.

Durante el período comprendido entre esta fecha y junio de 1994, su labor profesional fue

irregular, sufriendo períodos de bajas por enfermedad, hasta que finalmente la debilidad del trabajador reveló su falta de aptitud para tan duro trabajo como el de la pesca en alta mar, por lo que -sigue manifestando- de común acuerdo y en base a la flaqueza y enfermedad continua del trabajador armador y marinero decidieron rescindir el contrato de enrolamiento, como acredita con la documentación que adjunta, dejando en consecuencia de ingresar las cotizaciones correspondientes a tal trabajador desde el 16 de junio de 1994.

Con fecha 24 de noviembre de 1995 se le cita por el SMAC a la celebración de un acto de conciliación entre el recurrente y el trabajador de referencia. Celebrado el acto de conciliación, el recurrente se avino a admitir al trabajador, comunicando la reincorporación -que se produjo el 21 de noviembre de 1995-, al ISM, Delegación de...

Esa admisión implica una baja anterior y la misma no fue rechazada por la Administración. Abundado en sus alegatos manifiesta que los modelos TC 1/16 y 2/5, en los que se incluye al trabajador de autos como miembro de la tripulación los primeros 15 días del mes de junio de 1994, hasta su baja por accidente el día 15 no tendría sentido presentarlos al cobro de los cuales tendría constancia la Seguridad Social; ni tampoco tendría sentido admitirle de nuevo si se considerase en activo, alegando por otro lado lo dispuesto en el art. 18.3 del Reglamento aprobado por Decreto 1.867/1970 y el art. 8 del ET., a más de otras consideraciones legales.

De entre las actuaciones que se han llevado a cabo en este Orden Jurisdiccional sino también en vía administrativa e incluso en el Orden Social según manifiesta el actor ha de concluirse que, en atención a que, en efecto, el acto impugnado es la resolución de 18.04.96, confirmatoria de la reclamación inicial de la deuda contraída por el actor como consecuencia de la falta de cotización por el trabajador mencionado y durante el período que se especifica, habida cuenta de que en el suplico de la demanda, deduce, entre otras peticiones, la de que cese la perturbación por parte de la TGSS con reclamaciones ulteriores "sobre el período que comprende los meses de junio de 1994 a diciembre de 1995, cuestión que no parece ser un simple error mecanográfico, puesto que acto seguido aclara que ésta última fecha fue la de la reincorporación del trabajador a la empresa", lo que incluso se confirma mediante la propia documental que aporta el actor, como es el Acta de Conciliación, el debate procesal ha de ceñirse a la procedencia o improcedencia de la

reclamación de deuda por el período de junio a diciembre pero de 1994, incluidos los 15 primeros días de junio, por lo que manifiesta haber cotizado.

Durante este período -con la salvedad que hacen cotizó en efecto el empresario por el trabajador mencionado, alegando entre otros motivos baja por "Enfermedad Accidente", lo que a juicio del actor constituye causa de interrupción o de baja.

En este particular extremo es de apreciar confusión por parte del recurrente entre interrupción o cese, o lo que es igual entre suspensión (entendida esta como la interrupción de la relación laboral en la que no hay ni obligación de prestar servicios por parte del obrero ni de retribuir los mismos por parte del empresario) y extinción (acto por el cual terminó definitivamente la relación laboral) de la relación laboral.

El ET en su art. 45.c) contempla en efecto la incapacidad laboral transitoria y la invalidez provisional o tras su reforma la Incapacidad Temporal como causa de suspensión, en la que en cambio permanece la obligación de cotizar por el trabajador de conformidad con el art. 106.4 del R.D.L. 1/94, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, por constituir a tenor de estos preceptos la incapacidad temporal una situación asimilada al alta; ergo el pase a la invalidez provisional no es motivo de baja o extinción de la relación laboral, sino de suspensión de éste, suspensión que no comporta el cese de la obligación de cotizar mientras se mantenga, por cuanto que la invalidez permanente total o absoluta, o la gran invalidez del trabajador, que sí extinguiría la relación laboral a tenor del art. 49.5 del ET, no se acredita; al contrario se manifiesta, que intentada la misma por el trabajador, ésta le fue denegada.

Tales consideraciones hacen, en consecuencia inútiles, todas y cada una de las argumentaciones o afirmaciones que resultan desenvueltas en la demanda sobre el particular, al margen de que la comunicación de la supuesta baja la haya hecho a través de la Cofradía de Pescadores de Cariño, lo que no implica que la misma llegare a conocimiento de la Tesorería General de la Seguridad social, pues nada atestigua el expediente al respecto y al margen de que los modelos TC a que se aludió testimonien la cotización por el trabajador mencionado, si no consta en el expediente ni se aporta el modelo correspondiente debidamente diligenciado y

devuelto ni por la entidad recaudadora (Cajas de Ahorros, Banca Privada, Cooperativas de Crédito, Banca Oficial autorizada...) ni por ninguna entidad colaboradora, por cuanto que la Cofradía, no obstante ser una corporación de derecho público y recaudar cuotas de sus socios, no se acredita en estos autos esté autorizada para tales cometidos.

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

III. En el presente caso 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 desestimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por L.P.P. contra Resolución de 13.11.96 desestimatoria de recurso ordinario contra reclamación de deuda nº..., período 06.94 al 12.94; C.C.C... dictado por Tesorería General de la Seguridad Social. Sin imposición de costas.

**2992 RECURSO N°  
03/0009674/1996**

S. CA.

**SANCIÓN DE EXTINCIÓN DO SUBSIDIO DE DESEMPEÑO POR SUPERACIÓN DOS LÍMITES ECONÓMICOS MARCADOS.**

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Bautista Quintas Rodríguez

En la Ciudad de A Coruña, treinta de junio 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 03/0009674/1996, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por I.R.V., con D.N.I./C.I.F... domiciliado en...(A Coruña),

representado y dirigido por el letrado don J.P.S., contra silencio administrativo a recurso ordinario contra Resolución de 30.08.96 sobre extinción del derecho al percibo de las prestaciones por desempleo con devolución de cantidades indebidamente percibidas; Expte. nº 213/96... Es parte la Administración demandada Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, representada por el abogado del Estado. La cuantía del asunto es indeterminada.

#### **Antecedentes de hecho**

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

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

III. No habiéndose recibido el asunto a prueba, y seguido el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 27 de junio 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 30.08.96 por la Dirección Provincial de Trabajo y Asuntos Sociales de A Coruña del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales por la que se impone a doña I.R.V. la sanción de extinción del derecho al percibo de las prestaciones de desempleo con devolución de las cantidades indebidamente percibidas así como contra denegación presunta del recurso ordinario interpuesto contra la misma el 18.09.96.

La recurrente alega básicamente en relación con el fondo de la cuestión a dilucidar en la presente litis que el cómputo de las partidas que han de integrar los rendimientos de sus rentas ha de hacerse deducidos los gastos de los ingresos, esto es de forma neta, en vez de hacerlo de forma bruta, a fin de obtener por contraste si rebasa o no el salario mínimo interprofesional,

que le haga desmerecer o no la prestación que lucraba.

La Administración demandada comparece en el proceso e interesa la desestimación de la demanda por ser conforme a derecho la resolución impugnada.

II. Se interpone en efecto el presente recurso contra la resolución desestimatoria presunta del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, desestimatoria del recurso de alzada deducido frente otra resolución de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña, relativa al acta de infracción que figura con el número de orden T-75/96, por percepción indebida del subsidio de desempleo para menores de 45 años con responsabilidades familiares durante el período 27.07.93 a 26.07.95, a resulta de la cual era calificada la conducta de la demandante como infracción muy grave y sancionándose tal conducta de conformidad con lo establecido en el art. 30.3.2 de la Ley 8/88, así como por el art. 18 del R.D. 625/85 de 2 de abril con extinción de la prestación recibida y el reintegro de las cantidades indebidamente obtenidas.

A tenor de los argumentos expuestos por las partes en sus correspondientes escritos de demanda y contestación a la misma, esta Sala entiende que la cuestión a enjuiciar, se refiere al carácter de las rentas percibidas en el límite de la cuantía del salario mínimo interprofesional, en el sentido de sí deben ser catalogadas en su condición de percepciones brutas, esto es, antes de deducir de ellas los gastos que estimen necesarios para su obtención, o si por el contrario, han de estar tenidas por netas, después de deducidos tales gastos.

En verdad, que en este extremo los términos de la disposición reglamentaria -la instrucción 10º.5 de la Circular del INEM de fecha 05.05.92 no nos ofrecen lugar a la duda. Cuando se refiere al cálculo del cómputo anual de las rentas del solicitante y de la unidad familiar considera como tales las rentas brutas anuales declaradas en el último período impositivo a los efectos del IRPF por unidad familiar, de donde, a los efectos que estamos tratando sólo cabe tomar en cuenta la renta bruta de las que se hayan obtenido por cada ejercicio en el conjunto de la unidad familiar y contrastar si tal cuantía supera, o no, la cuantía del salario mínimo interprofesional, circunstancia que enjuiciamos seguidamente en razón a cada uno de los expedientes incoados.

En este punto, por lo que se refiere a los años 1993 y 1994, el conjunto de las rentas familiares

según se desprende del acta incoada lo fueron en cuantía de superior al límite impuesto para el salario mínimo interprofesional correspondiente a esta unidad familiar y para esos mismos años, como en cierta medida reconoce la propia recurrente, quien pretende se computen de forma neta, para evitar rebasar tal límite; resulta luego claro que las rentas de la actora, en cómputo bruto anual, superan dicho límite.

Los límites expuestos conducen, por tanto, a desestimar el recurso así planteado.

III. En el presente caso, 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 desestimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por I.R.V. contra Silencio administrativo a recurso ordinario contra Resolución de 30.08.96 sobre extinción del derecho al percibo de las prestaciones por desempleo con devolución de cantidades indebidamente percibidas; Expte. nº 213/96 dictado por Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Sin imposición de costas.

**2993 RECURSO Nº  
03/0007597/1998**

S. CA.

**EXCLUSIÓN DE ASIGNACIÓNS ASISTENCIAIS CONCEDIDAS POLAS EMPRESAS DA BASE DE COTIZACIÓN Ó RÉXIME XERAL DA SEGURIDADE SOCIAL.**

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier D'Amorin Vieitez

En la Ciudad de A Coruña, treinta de junio 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 03/0007597/1998, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por "B.H., S.A." domiciliado en...(Vigo), representado por doña A.G.B.A. y dirigido por el letrado don F.C.C., contra resolución de 30.12.97 desestimatoria de recurso ordinario contra reclamación de deuda nº..., Régimen General, período 1/93 a 12/93, C.C.C... 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 11.975 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 20 de junio de 2000, fecha en que tuvo lugar.

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

#### **Fundamentos de derecho**

I. Se debate en el presente recurso la conformidad a derecho de la resolución recurrida de fecha 30 de diciembre de 1997 de la Tesorería General de la Seguridad Social, por la que se desestima el recurso ordinario formulado contra las actas de liquidación al régimen general de la Seguridad Social, practicadas como consecuencia de la inclusión en la base de cotización de las diferencias entre el interés legal del dinero y el aplicado a los préstamos concedidos a los trabajadores de la mercantil recurrente.

II. La cuestión debatida es obviamente de índole estrictamente jurídica, siendo pretensión de la parte actora que se detraiga de la base de cotización de los trabajadores a los que les ha

sido concedido por el “B.H.” préstamos a un interés inferior al legal del dinero la diferencia entre dicho interés y el realmente satisfecho a la entidad bancaria, a lo que muestra su oposición la Administración demandada, que entiende que merece la consideración de salario y que, en consecuencia debe ser incluido dentro de la base de cotización de los trabajadores beneficiados.

III. El art. 23 del Real Decreto 1.426/97, de 15 de septiembre, sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad social, define con carácter general en su apartado 1) los conceptos que forman parte de la base de cotización al Régimen General de la Seguridad Social, integrando dentro de la misma “la remuneración total, cualquiera que sea su forma o denominación, que, con carácter mensual, tenga derecho a percibir el trabajador o la que efectivamente perciba, por razón del trabajo que realice por cuenta ajena”, incluyéndose dentro de dicha base de cotización las retribuciones en especie percibidas por los trabajadores, y que son definidas en el apartado a) de dicho art. 23.1 como “la utilización, consumo u obtención para fines particulares de bienes, derechos o servicios de forma gratuita o por precio inferior al normal de mercado, aún cuando no suponga un gasto real para quien los conceda”.

IV. Constituye, por tanto, la regla general la consideración de las retribuciones en especie como parte del salario percibido por el trabajador, formando parte consecuentemente de la base de cotización al Régimen General, regla que, sin embargo, sufre excepciones que aparecen enumeradas detalladamente y con carácter de “númerus clausus” en el apartado 2 del art. 232 del Real Decreto 1.426/97, precepto que en siete epígrafes agota la totalidad de los conceptos que no se computan dentro de la base de cotización, debiendo, por tanto, determinarse, si los que ahora nos ocupa, constituidos por lo que en principio aparecen como salario en especie, consistente en obtener un determinado bien a un precio inferior al de mercado, es susceptible de ser integrado o en alguno de los supuestos de exclusión legalmente previstos.

V. La lectura detallada del mencionado apartado 2 del art. 23 del Real Decreto 1.426/97 nos hace incardinarn sin violencia conceptual ni jurídica alguna dichos préstamos a bajo interés dentro del apartado F.b).5, en el que dentro del epígrafe de las asignaciones asistenciales concedidas por las empresas, en cuanto excluidas de la base de cotización y sin consideración de las mismas como salario en especie, a los efectos de lo dispuesto en el apartado D) de dicho art. 23, hace referencia expresa a: “la entrega de los propios productos de la empresa o los

descuentos o compensaciones en la compra de los mismos, siempre que su cuantía no supere el 20 % del salario mínimo interprofesional”.

No cabe duda que debe considerarse como producto propio de la actividad bancaria los préstamos ofertados a sus clientes por las entidades financieras, y que, en el supuesto que nos ocupa, son ofrecidos en condiciones más favorables a sus propios trabajadores, de modo que, dada la absoluta identidad entre el precepto reseñado y el supuesto de hecho que se nos ofrece a nuestra consideración, -siguiendo incluso resoluciones de otros Tribunales en supuestos similares que, por tanto, compartimos-, deben considerarse excluidas de la base de cotización las cantidades controvertidas, sin que la norma realice distinción alguna entre los supuestos en que dichas asignaciones asistenciales son concedidas voluntariamente por el empresario o por el contrario vienen impuestas por una norma legal o convenio colectivo.

VI. En trance de determinar la bondad de la tesis sostenida por la Tesorería General de la Seguridad Social, que entiende que dichas sumas deben en todo caso ser incluidas dentro del apartado d).a) del art. 23, que excluye igualmente de la base de cotización los productos en especie concedidos voluntariamente por las empresas, siempre y cuando su entrega no sea debida en virtud de norma o convenio colectivo, carácter que no revisten las que nos ocupan, puesto que el Convenio del sector bancario obliga a su concesión, debe indicarse que, dada la singularidad y especialidad del precepto señalado en anterior fundamento de derecho, es éste el que debe aplicarse al supuesto que nos ocupa, ya que el contemplado por el art. 23.d).a) hace referencia, con carácter general, a todo tipo de productos, mientras que el art. 32.f).b).5º contempla el supuesto especial en que los productos que se facilitan son los propios de la actividad empresarial, mientras que los productos en especie, en general, sólo están excluidos cuando sean concedidos voluntariamente por el empresario.

VII. No son de apreciar, no obstante, 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 “B.H., S.A.” contra Resolución de 30.12.97 desestimatoria de recurso ordinario contra reclamación de deuda nº..., Régimen General, período 1/93 a 12/93,

C.C.C... dictado por Tesorería General de la Seguridad Social; y en consecuencia, debemos declarar la nulidad de la misma por no ser conforme a Derecho, así como la nulidad de la liquidación practicada. Sin imposición de costas.